VII.

Die Specification.

Von **Fitting**.

(Fortsetzung der Abhandlung Nr. I.)

II.

Die Behandlung der Specification von Seite der klassischen römischen Juristen.

21. Die nächstliegende unter allen Fragen, welche sich auf die rechtliche Behandlung der Specification beziehen, ist die Frage, wem an der **nova species** das Eigenthum gebüre. Darüber hat sich unter den Römern der Streit hauptsächlich bewegt, und auch bei den neueren ist diese Frage bisher fast ausschließlich Gegenstand der Erörterung gewesen. Mag es darin seine Rechtfertigung finden, wenn auch die gegenwärtige Untersuchung gerade von dieser Frage ausgeht.

Wenn Jemand seine eigene Sache specificirt, so versteht sich von selbst, daß er auch Eigenthümer der **nova species** werden muß. Dasselbe gilt, wenn ein anderer, aber im Namen des Eigenthümers und für diesen die Specification vornimmt. Ueber diese Sätze ist unter den römischen Juristen sicherlich niemals ein Streit oder Zweifel gewesen. Gleichwohl ist der Begriff der Specification natürlich auch in solchen Fällen vorhanden; denn die Veränderung, welche die Sache erleidet, bleibt ihrer Natur nach ganz die gleiche, mag nun der Eigenthümer oder ein anderer, und mag dieser im Namen des Eigenthümers oder in eigenem Namen die dazu erforderliche Thätigkeit anwenden. Die

gekelterten Trauben sind begrifflich eben so gut untergegangen, und an ihre Stelle ist der neue Begriff des Mostes getreten, wer immer die Kelterung bewirkt haben mag.

Daher ist es gewiß nicht zu billigen, wenn manche Schriftsteller den Begriff der Specification nur auf die Verarbeitung fremder Sachen beschränken wollen. [29]) Es läßt sich nicht einmal sagen, daß die Specification eigener Sachen wenigstens juristisch kein Interesse biete und daher keiner besonderen Berührung bedürfe,'[30]) — ein Gedanke, worauf im Grunde auch jene Beschränkung des Begriffes hinausläuft —; denn daß in der That auch der Specification eigener Sachen eine Bedeutung im Rechte zukommt, wird sich im Verlaufe der Darstellung ergeben und mag einstweilen durch Stellen, wie L. 18 §. 3 de pign. act. 13, 7, L. 44 § 2, 3 de legat. I (30), L. 88 de legat. III (32), L. 6 § 1 de auro, arg. 34, 2, bewiesen werden.

Von größerem Interesse ist allerdings der Fall, wenn Jemand fremde Sachen, und zwar nicht im Namen des Eigenthümers, sondern in eigenem Namen specificirt, weil hier eben schon die Frage, wer als Eigenthümer der nova species zu betrachten, Zweifel zu erregen im Stande ist. Man weiß, daß diese Frage bereits den römischen Juristen Schwierigkeiten gemacht und sogar den Gegenstand eines Schulenstreites zwischen den älteren Sabinianern und Proculianern gebildet hat. Während nämlich letztere das Eigenthum der nova species dem Specificanten zusprachen, wollten es die Sabinianer umgekehrt demjenigen zuerkennen, aus dessen Sache die nova species gemacht worden sei. Eine Mittelmeinung endlich, welche auch in die

29) Vgl. z. B. Meier Colleg. Argentor. XLI, 1 § 30, Struv Syntagma Exerc. XLI § 37, Lauterbach Colleg. theor.-pract. XLI, 1 § 84, Vinnius ad § 25 I. de R. D. nr. 1, Thibaut System des Pand.-R. 8. Ausg. § 743, Vangerow Pand. I § 310 (7. Aufl. S. 565), C. O. Müller Lehrb. der Institut. S. 185. — Schon in der Glosse „vel spicas" zu § 25 I. de R. D. findet sich das richtige, wie die Worte lehren: „ubi dominus specificavit" u. s. w.

30) Göschen Vorles. § 247 II, 2, K. Sell Röm. Lehre der dinglichen Rechte I S. 98, Böcking Pand. II § 154 Note 9 (S. 165).

Justinianische Gesetzgebung übergegangen ist, unterschied, ob sich die nova species wieder auf die frühere Gestalt zurückführen lasse oder nicht, und gab in jenem Fall der Sabinianischen, in diesem der Proculianischen Entscheidung den Vorzug.

22. Welches waren die Gedanken, worauf diese auseinanderlaufenden Entscheidungen beruhten? Auf diese gerade in jüngster Zeit lebhaft erörterte Frage sind von den neueren sehr verschiedenartige Antworten gegeben worden, woraus wir, wie mich dünkt, von vornherein so viel schließen dürfen und müssen, daß hier an und für sich und von einem allgemeinen Standpunkt aus eine verschiedene Behandlung und innere Begründung möglich ist. Unter solchen Umständen wird es aber gewiß nicht undenkbar erscheinen können, daß auch schon unter den Römern ähnliche Meinungsverschiedenheiten bestanden haben möchten, und daß vielleicht der Streit der neueren vornehmlich darauf zurückzuführen sein könnte, daß in den uns erhaltenen Resten der römischen Rechtsliteratur Spuren solcher Meinungsverschiedenheiten bemerkbar sind. Es wird daher keiner weiteren Rechtfertigung bedürfen, wenn im folgenden der Versuch gemacht wird, die Meinung jedes einzelnen römischen Juristen, von dem wir Stellen über die Lehre besitzen, möglichst genau und gründlich zu prüfen und festzustellen, und ich darf schon jetzt hinzufügen, daß am Schlusse dieser Untersuchung die Ermittelung des Standpunktes, den das Justinianische Recht in der Specificationslehre eingenommen hat, keine besonderen Schwierigkeiten mehr bieten wird. Hiebei mag aber die Ansicht der Proculianer zum Ausgangspunkte dienen, weil sie nach Lage der Sache am leichtesten herauszustellen sein dürfte.

Sofort ist nämlich so viel unzweifelhaft zu erkennen, daß die Proculianer die specificirte Sache (die materia nach dem üblichen Kunstausdrucke der römischen Juristen) als untergegangen ansahen; denn dies wird ganz klar und unzweideutig ausgesprochen bei Gai. II, 79:

alii vero eius rem esse putant, qui fecerit, idque maxime diversae scholae auctoribus visum est; sed eum quoque cuius materia et substantia fuerit, furti adversus eum qui subripuerit, habere actionem; nec minus ad-

versus eundem condictionem ei competere, quia extinctae res, licet vindicari non possint, condici tamen furibus et quibusdam aliis possessoribus possunt.

Daraus folgt von selbst, daß ihnen die aus der materia hergestellte nova species als eine neue, jetzt erst entstandene und von jener verschiedene Sache erscheinen mußte, an der sie denn auch ein ganz neues Eigenthum anheben ließen. Dieses Eigenthum schrieben sie aber dem Specificanten zu aus dem uns von Gaius in L. 7 § 7 de A. R. D. 41, 1 angegebenen Grunde: „quia quod factum est, antea nullius fuerat."

In diesen Worten hat man früher allgemein eine Hinweisung auf die Occupationstheorie erblickt. Die Proculianer, sagte man, nahmen an, die nova species als ganz neue, bisher noch in Niemandes Eigenthum gewesene und folglich herrenlose Sache müsse dem Verfertiger als dem ersten Occupanten zufallen. Auch jetzt noch wird diese Ansicht von vielen Schriftstellern getheilt.[31]) Daneben hat sich aber in jüngster Zeit mehr und mehr eine andere, schon von Puchta (Institutionen II § 242) als möglich angedeutete Meinung geltend gemacht, wonach der Entscheidungsgrund der Proculianer nicht jener formell juristische, sondern ein materieller gewesen wäre. Die Proculianer hätten nämlich dem Specificanten das Eigenthum der nova species deshalb zugebilligt, weil er diese durch seine Arbeit geschaffen und erzeugt habe.[32]) Man beruft sich

---

31) Vgl. Donell. Comment. de iure civ. L. IV cap. XII § 1, Meier Coll. Argent. XLI, 1 § 30, Vinnius ad § 25 I. de R. D. § 3, Müller in add. β ad Struvii Synt. Exerc. XLI § 37, Fritz, Erläuterungen zu Wening-Ingenheim I S. 319, Schilling Institutionen II § 159, W. Sell Versuche I S. 197, Sintenis Pract. gem. Civilrecht I § 50, Puchta Institutionen II § 242, Pandekten und Vorlesungen § 154, Vangerow Pand. I § 310 (7. Aufl. S. 565), Schmid Handbuch des geltenden gem. bürgerl. Rechtes. Bes. Theil. Bd. I S. 168, K. Sell Dingl. Rechte I S. 97, Böcking Pand. § 154 (II S. 165), Institutionen 2. Ausg. S. 91, Pagenstecher Röm. Lehre vom Eigenthum II S. 115, Bechmann S. 40f.

32) Dernburg in der kritischen Zeitschrift für Rechtswissenschaft I (1853) S. 146f., 295, Scheurl Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts I (1853) S. 283 ff., Arndts Pand. 2. Aufl. (1855), ferner 3., 4.

dafür auf die Schlußworte des § 25 I. de R. D. 2, 1: „dubitandum non est, hoc casu eum esse dominum, qui fecerit, cum non solum operam suam dedit, sed et partem eiusdem materiae praestavit."

Allein, wenn aus dieser Aeußerung ohne Zweifel erhellt, daß Justinian und die Verfasser seiner Institutionen auf die opera, die zur Herstellung der nova species aufgewandte Arbeit als solche ein Gewicht legten und nicht erst den Gedanken der Occupation zu Hülfe nahmen: so folgt doch daraus gewiß nicht ohne weiteres, daß dies auch von Labeo, Nerva und Proculus geschehen. Um die Anschauung dieser Juristen zu erkennen, müssen wir vielmehr vor allen Dingen auf das zurückgehen, was uns von Gaius darüber berichtet wird. Wenden wir aber dem Berichte des Gaius eine ganz unbefangene und durch keinerlei Nebenrücksichten gestörte Betrachtung zu: so wird sich nach meinem Bedünken gar nicht verkennen lassen, daß der von Gaius mitgetheilte Entscheidungsgrund der Proculianer wirklich blos in einer Anwendung der Occupationstheorie bestanden hat.[33]) Und dies ist ja auch gar nicht so auffallend. Mag man immerhin glauben, daß nach inneren Rücksichten der Gesichtspunkt der Occupation ein schiefer sei, jedenfalls wird sich wenigstens begreifen lassen, wie ein Theil der römischen Juristen in Ermangelung einer positiven Bestimmung dazu kommen konnte, ihn herbeizuziehen, haben doch auch fast alle modernen Schriftsteller bis auf die neueste Zeit herunter keinen Anstoß daran genommen.

23. Im übrigen ist der Widerspruch gegen die Anwendung des Occupationsprincipes auf die Fälle der Specification

---

u. 5. Aufl. (1864) § 155, C. O. Müller Institut. (1858) S. 185, Leist Civilistische Studien III (1859) S. 135, 167 ff., Windscheid Pandekten § 187. Im einzelnen lassen sich in den Ansichten dieser Schriftsteller noch manche verschiedene Schattirungen erkennen, weshalb im Texte eine so allgemeine Fassung gewählt werden mußte.

33) Vgl. die wörtlich gleichlautenden Aeußerungen von Gaius bei Besprechung der Occupation: Inst. II, 66 verb.: „sed etiam quae occupando ideo nostra fecerimus, quia antea nullius essent"; L. 3 pr. de A. R. D. 41, 1 (Gai. l. II Rer. quotidian.): „quod enim nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur."

alt genug. Schon Sabinus und Cassius konnten sich nicht damit befreunden und schrieben vielmehr das Eigenthum der **nova species** immer dem Eigenthümer der zu ihrer Herstellung verwendeten Sache (der materia) zu.

Die neueren pflegen diese Entscheidung meist auf den Gesichtspunkt der Accession zurückzuführen: die Sabinianer hätten in der neuen Form nur etwas dem Stoffe, als der Hauptsache hinzutretendes erblickt und daher das Eigenthum der materia auf die nova species übertragen.[34]) Das wesentliche daran[35]) ist der Gedanke, daß von den Sabinianern die Specification nicht als Vernichtung der alten Sache und Erzeugung einer ganz neuen, sondern vielmehr als blose unwesentliche Veränderung der alten Sache betrachtet worden sei, welche deren Identität und begriffliche Fortdauer nicht aufhebe und deswegen auch die Eigenthumsfrage gar nicht berühre. Es hätten also diese Juristen die begriffliche Identität einer Sache nicht nach der Form und äußeren Erscheinungsart, sondern lediglich nach der Identität des Stoffes bemessen, — allerdings ein Gegensatz zu der Proculianischen Anschauung und, sagen wir gleich weiter, zu der Anschauung des gemeinen Lebens, wie er schroffer gar nicht denkbar ist.

24. Aber gerade diese Wahrnehmung muß uns mißtrauisch machen. Zu einer solchen Schärfe pflegen sich wissenschaftliche Streitigkeiten gewöhnlich erst in ihrem Verlaufe zuzuspitzen; am Anfange stehen die verschiedenen Ansichten einander in der Regel noch ziemlich nahe. Auch ist es doch offenbar unwahrscheinlich, daß die Sabinianer bei Bestimmung des Begriffes der

---

34) Vgl. Vinnius ad § 25 I. de R. D. § 1, Müller in add. β ad Struv. exerc XLI § 87, Puchta Vorlesungen § 154 Nr. 4, Vangerow Pand. I § 310 (S. 565), Schmid Handbuch I S. 169, K. Sell Dingl. Rechte I S. 97, Scheurl Beiträge I S. 283, Böcking Pand. § 154 (II S. 165), Instit. 2. Aufl. S. 91, Pagenstecher Lehre vom Eigenthum II S. 113 ff., Leist Civilist. Studien III S. 133 ff., S. 153 Note 2, S. 162 ff.

35) Denn gegen die Unterstellung unter den Accessionsbegriff möchte sich unter allen Umständen viel erinnern lassen; auch vermag ich nicht zu finden, daß jemals ein römischer Jurist diesen Begriff herbeigezogen hätte.

Fortdauer und des Unterganges von Sachen so ganz und gar mit der gemeinmenschlichen Betrachtungsweise gebrochen haben sollten, und daß diese nur von den Proculianern festgehalten worden wäre.

Es läßt sich aber, glaube ich, auch aus äußeren Zeugnissen mit Bestimmtheit nachweisen, daß eine solche Grundverschiedenheit der Anschauungen nicht bestand, und daß namentlich die Ansicht der älteren Sabinianer, des Sabinus und Cassius, im Hauptpunkte mit derjenigen der Proculianer völlig übereinkam. Auch Sabinus und Cassius nahmen an, daß die alte Sache durch die Specification untergegangen und die nova species eine neue Sache sei, ja sie meinten nicht einmal, daß, wie bei der blosen Zerlegung, alle rechtlichen Beziehungen und Verhältnisse, soweit sie nicht, gleich dem Nießbrauch, eine ganz bestimmte Gestalt und Beschaffenheit der Sache voraussetzen, sich ohne weiteres von der alten Sache auf die nova species übertrügen [36]), sondern in allen diesen Stücken waren sie mit den Proculianern vollkommen einig. Sie erkannten gleich diesen an, daß der begriffliche Untergang der alten Sache auch den Untergang aller daran bestandener Rechtsverhältnisse nach sich ziehe, und daß an der nova species als einer begrifflich neuen Sache auch wieder ganz neue Rechtsverhältnisse anfangen müßten, die nach ganz selbständigen Gesichtspunkten zu beurtheilen seien.

25. Der vollständige Beweis dieser Sätze, hinsichtlich deren ich mich wiederum in erfreulichster Uebereinstimmung mit Bechmann (S. 40) befinde [37]), liegt in L. 18 § 3 de pign. act. 13, 7:

> Paulus l. XXIX ad Edict.: — Si quis caverit, ut silva sibi pignori esset, navem ex ea materia factam non esse pignoris, Cassius ait, quia aliud sit materia, aliud navis, et ideo nominatim in dando

---

36) Bei der Zerlegung erklärt sich die im Text angedeutete Behandlung daraus, daß die durch blose Zerlegung entstehenden Sachen keine begrifflich neuen sind (s. oben Nr. 13). Vgl. übrigens L. 11 § 8 de Publ. act. 6, 2, L. 10 § 2 fin. de usurp. 41, 3.

37) Vgl übrigens auch Dernburg Pfandrecht II S. 562. Anm. 8.

pignore adiiciendum esse ait: „quaeque ex silva facta natave sint."

Cassius war also der Ansicht, daß das an einem Walde bestellte Pfandrecht sich zwar auf das aus dem Walde geschlagene Werkholz, aber nicht auf das aus letzterem gefertigte Schiff erstrecke, und zwar aus dem ausdrücklich angegebenen Grunde, weil das Schiff etwas anderes sei, als das Werkholz. Darin liegt unzweifelhaft der oben entwickelte Gedanke. Das Schiff, meint Cassius, ist eine neue, mit dem Werkholze begrifflich nicht identische Sache; folglich müssen am Schiffe auch ganz neue Rechtsverhältnisse beginnen, die mit den am Werkholze bestandenen keineswegs identisch sind, und namentlich kann daher das am Werkholze bestandene Pfandrecht durchaus nicht ohne weiteres auf das Schiff übertragen werden. Letzteres fällt vielmehr in das Pfandrecht nur dann, wenn von vornherein ausdrücklich bedungen ist, daß auch die künftig aus dem Holze des Waldes gemachten oder sonst entstandenen Sachen verpfändet sein sollten.

Aus dieser Entscheidung dürfen wir sofort den Schluß ziehen, daß Sabinus und Cassius auch das Eigenthum der alten Sache durch die Specification für untergegangen und das Eigenthum der nova species als ein ganz neues, von jenem völlig verschiedenes ansahen, weil das Pfandrecht so wenig, wie das Eigenthum, nur an bestimmten Eigenschaften einer Sache klebt, sondern in dieser Hinsicht sich genau so, wie das Eigenthum, verhält.[38])

Ferner läßt sich anführen L. 10 § 7 qu. mod. ususfr. 7, 4:

Ulp. l. XVII ad Sabin.: — In navis quoque usufructu Sabinus scribit, si quidem per partes refecta sit, usumfructum non interire; si autem dissoluta sit, licet iisdem tabulis nulla praeterea adiecta restaurata sit, usumfructum exstinctum.

Der Grund der zweiten Entscheidung war ohne Zweifel

38) Vgl. Dernburg Pfandrecht II S. 559. S. auch noch unten Anm. 50 und die Stelle des Textes, worauf sie sich bezieht.

derselbe, den Africanus in L. 36 pr. de usufr. 7, 1 für eine ganz ähnliche Entscheidung angibt, daß nämlich das wiederhergestellte Schiff, obwohl es Stoff und Form mit dem früheren gemein habe, doch mit diesem nicht identisch und also nicht dasjenige sei, woran der Nießbrauch gegeben worden. Hätte aber Sabinus der gewöhnlichen Annahme gemäß die nova species wegen der Gleichheit des stofflichen Elementes allemal für begrifflich identisch mit der alten Sache gehalten, so hätte er doch gewiß und noch viel mehr das wiederhergestellte Schiff für begrifflich identisch mit dem früheren Schiff ansehen müssen, denn sowohl in dem Auseinanderschlagen des Schiffes, als in dessen Wiederzusammenfügung hätte er ja beidemal nur eine unwesentliche, die begriffliche Identität der Sache nicht antastende Veränderung erblicken können.

Indessen will ich auf die Stelle kein allzugroßes Gewicht legen, und ein noch geringeres lege ich auf den Ausspruch, daß überhaupt der Nießbrauch eines Schiffes durch dessen völlige Auseinanderlösung untergehe, womit der in L. 10 § 5 eod. berichtete Ausspruch des Cassius zusammenzuhalten ist, daß der an einer Masse Rohmetalls bestellte Nießbrauch erlösche, wenn daraus ein Gefäß gemacht worden, oder umgekehrt. Denn es handelt sich hier überall um den Nießbrauch, also um ein Rechtsverhältniß, welches nicht unbedingt so lange, als das begriffliche Dasein der Sache, dauert, sondern an bestimmten Eigenschaften der Sache haftet und daher durch deren Wegfall nothwendig aufgehoben werden muß, wenn auch die Sache selbst begrifflich noch fortdauern sollte.

Eben so wenig durchschlagend ist L. 13 § 1 de V. S. 50, 16:

Ulp. l. VII ad Edict.: — Res abesse videntur, ut Sabinus ait, et Pedius probat, etiam hae, quarum corpus manet, forma mutata est, et ideo, si corruptae redditae sint vel transfiguratae, videri abesse, quoniam plerumque plus est in manus pretio, quam in re.

Denn § 2 und 3 ibid. und L. 14 pr. eod. zeigen, daß man bei Bestimmung des Begriffes von „rem abesse“ von einem rein ökonomischen Standpunkt ausging; auch lehrt L. 13

§ 1 cit. selbst, noch besser aber L. 14 pr. eod., daß Sabinus das Vorhandensein jenes Begriffes schon dann annahm, wenn zwar dieselbe Sache, jedoch in verschlechtertem Zustande zurückgegeben war.

26. Die ganze Verschiedenheit in den Ansichten des Sabinus und Cassius und des Nerva und Proculus führt sich hienach blos darauf zurück, daß jene die Frage, wem das neue Eigenthum an der nova species gebüre, nach einem anderen Gesichtspunkte, als diese, bemaßen. Welches war nun aber der Gesichtspunkt, von dem sie ausgingen? Wir haben keine Ursache zu zweifeln, daß es völlig der von Gaius in L. 7 § 7 de A. R. D. 41, 1 genannte war: „ut qui materiae dominus fuerit, idem eius quoque, quod ex eadem materia factum sit, dominus esset, quia sine materia nulla species effici possit.“ Hält man damit noch die Aeußerung bei Gai. II, 79 zusammen: „quidam materiam et substantiam spectandam esse putant, id est, ut cuius materia sit, illius et res quae facta sit, videatur esse, idque maxime placuit Sabino et Cassio“: so ergibt sich als der Gedanke dieser Juristen einfach folgendes: die nova species, wenn auch eine begrifflich neue Sache, woran deshalb ein neues Eigenthum beginne, könne doch nicht in dem Sinn als eine res nullius betrachtet werden, wie etwa ein wildes noch in natürlicher Freiheit lebendes Thier. Denn wenigstens der Stoff, woraus sie bestehe, sei schon in Jemandes Eigenthum gewesen, und es sei daher der Natur des Verhältnisses am angemessensten (magis naturalem rationem efficere), dem nämlichen auch wieder das Eigenthum der nova species zuzuschreiben.

27. Diese Begründung bot dem Angriff eine leichtverwundbare Seite. Wenn die fortdauernde Identität des Stoffes nicht zu hindern vermochte, daß das an der alten Sache bestandene Eigenthum unterging und an der nova species ein völlig neues Eigenthum anfing, so konnte zur Beantwortung der Frage, wem letzteres gebüre, auch nicht mehr auf jenes frühere Eigenthum zurückgegangen werden; vielmehr mußte man folgerecht zum Standpunkte des Proculus und Nerva gelangen. Wollte man mit Sabinus und Cassius der Identität des

Stoffes ein maßgebendes Gewicht beilegen, so war dies nur um den Preis zu halten, daß man sich entschloß, in einem wichtigen Punkte mit der Ansicht sowohl dieser Juristen, als der Proculianer zu brechen. Man mußte nämlich das Eigenthum und überhaupt alle rechtlichen Beziehungen und Verhältnisse, welche nicht an bestimmte Eigenschaften einer Sache geknüpft sind, von der begrifflichen Fortdauer der Sache selbst für unabhängig erklären und lediglich an die Identität des Stoffes binden, so daß nun um der Fortdauer des Stoffes willen das Eigenthum der alten Sache unverändert auf die nova species überging, und letztere überhaupt für alle rein rechtlichen Beziehungen völlig an die Stelle der alten Sache trat.[39] Man mußte m. a. W. die Specification juristisch wie die Zerlegung, behandeln, mit welcher sie ja in manchen ihrer Erscheinungen unverkennbare Aehnlichkeit hat.

Dieses scheint nun der Standpunkt Julian's gewesen zu sein, wie ich aus einer Entscheidung schließe, die uns von Ulpian in L. 44 § 2 de legat. I (30) mitgetheilt wird:

Si pocula quis legavit, et massa facta est, vel contra, item si lana legetur, et vestimentum ex ea fiat, Iulianus libro XXXII Dig. scripsit, legatum

39) Nur so wird man die im Texte entwickelte Ansicht fassen dürfen; nicht aber darf man sagen, daß nun diese Ansicht wenigstens die Specification nicht als Vernichtung, sondern nur als blose Veränderung der alten Sache betrachtet habe (S. oben Nr. 23). In dieser Hinsicht waren meiner festen Ueberzeugung nach sämmtliche römische Juristen einig und mit der gemeinmenschlichen Anschauungsweise in Einklang. Der Streit bewegte sich nur darüber, ob zufolge der in jeder Specification liegenden begrifflichen Vernichtung der alten Sache nun auch immer die daran bestandenen rechtlichen Verhältnisse als untergegangen zu erachten seien, oder ob diese wegen der Fortdauer desselben Stoffes stets oder doch unter Umständen (Nr. 28) in der nova species als fortdauernd angesehen werden könnten. Man halte dies auch nicht etwa für einen blosen Wortstreit ohne praktische Bedeutung; denn nach der gewöhnlichen, hier bekämpften Meinung müßten die Anhänger der im Texte geschilderten Auffassung auch eine unveränderte Fortdauer der rein thatsächlichen Verhältnisse, namentlich des Besitzes, in der nova species angenommen haben, während dies gewiß von keinem römischen Juristen geschehen ist. S. unten Nr. 40.

in omnibus suprascriptis consistere et deberi quod extat.

Wenn Julian das Legat, und zwar ein Vindicationslegat, woran wir im Sinne Julian's und Ulpian's ohne Zweifel zu denken haben, für fortdauernd ansieht, ungeachtet der legirte Becher eingeschmolzen oder aus der legirten Wolle ein Kleidungsstück verfertigt sei: so ist dies schwerlich anders, als aus dem Gedanken zu erklären, daß das Eigenthum am Stoff und nicht an der blosen Erscheinungsart hafte, und daß daher das Eigenthum der Rohmasse und des Kleides mit dem am Becher und der Wolle bestandenen identisch sei, weshalb auch das Legat dieses Eigenthums troß der eingetretenen Formveränderung und des dadurch bewirkten begrifflichen Unterganges der Sache, worauf sich das Legat zunächst bezog, aufrecht erhalten werden müsse.

Die beste Probe für die Richtigkeit dieses Schlusses dürfte darin liegen, daß Paulus in L. 88 de legat. III (32) zwar, gleich Julian, das Vindicationslegat einer Masse Rohmetalls auf den daraus gefertigten Becher, nicht aber auch das Legat von Wolle auf das daraus gemachte Kleid erstreckte, weil er das Eigenthum der alten Sache nur dann in der **nova species** für fortdauernd ansah, wenn sich letztere auf die frühere Gestalt wieder zurückführen ließ. (S. unten Nr. 31.)

Weniger möchte ich für Julian's Auffassung aus L. 14 § 2, 3 de cond. furt. 13, 1 (Iul. l. XXII Dig.) schließen, wonach der Eigenthümer eines gestohlenen und vom Diebe geschlachteten Ochsen die Haut, das Fleisch und die Hörner, der Eigenthümer gestohlener und vom Diebe gekelterter Trauben den Most und die Träbern mit der **condictio furtiva** soll fordern können. Denn es wird sich an einer späteren Stelle (Nr. 36) leicht zeigen lassen, daß Julian ebenso entscheiden mußte, wenn er ganz und gar der Meinung des Sabinus und Cassius folgte.

28. Julian scheint, so weit seine eben erwähnten Entscheidungen in Betreff der legirten und zu einem Kleide verarbeiteten Wolle, sowie des geschlachteten Ochsen und der gekelterten Trauben einen Schluß gestatten, die Fortdauer des

alten Eigenthums schlechthin so lange angenommen zu haben, als eine thatsächliche Identität des Stoffes vorhanden war, d. h. so lange, als sich nachweisen ließ, daß die Stofftheilchen, woraus die nova species bestand, ohne Rücksicht auf ihre besondere Beschaffenheit, in der alten Sache schon vorhanden gewesen, also kurz gesagt, in allen Fällen der Specification, so daß er bei der blosen Eigenthumsfrage praktisch überall mit Sabinus und Cassius übereinkam. Diese Meinung ging jedoch andern zu weit. Nur dann, sagten sie, darf man wegen der Identität der Stoffes die an der alten Sache bestandenen rechtlichen Beziehungen und Verhältnisse in der nova species für fortdauernd ansehen, wenn in dieser dem Stoff über die Form ein Uebergewicht zukommt; ist dies nicht der Fall, so muß man anerkennen, daß an der nova species ganz neue Rechtsverhältnisse beginnen, und folglich deren Eigenthum mit den Proculianern nach Occupationsrecht dem Specificanten zusprechen.

Man nahm aber dann ein Uebergewicht des Stoffes über die Form in der nova species an, wenn sich diese in die frühere Gestalt wieder zurückführen ließ, wie das am deutlichsten in L. 78 § 4 de legat. III (32) ausgesprochen ist. Sie lautet so:

> Paul. l. II ad Vitell.: — Illud fortasse quaesiturus sit aliquis, cur argenti appellatione etiam factum argentum comprehendatur, quum, si marmor legatum esset, nihil praeter rudem materiam demonstratum videri possit. Cuius haec ratio traditur: quippe ea quae talis naturae sint, ut saepius in sua redigi possint initia, ea materiae potentia victa nunquam vires eius effugiant.

Ja man scheint sogar noch weiter (darin aber jedenfalls zu weit) gegangen zu sein. Man scheint nämlich nur bei Rückführbarkeit der nova species eine begriffliche Fortdauer des alten Stoffes angenommen zu haben. Ließ sich die nova species in die frühere Erscheinungsart nicht mehr zurückbringen, so war zwar noch eine thatsächliche, aber, wie man glaubte, keine begriffliche Identität des Stoffes mehr vorhanden.[40] Folglich hatte man

---

40) Ich will diesen Gedanken durch ein Beispiel deutlicher machen. Wenn Holz zu Asche verbrennt oder aus Honig und Wein Meth bereitet

es jetzt mit einer in jeder Hinsicht, nach Stoff und Form, begrifflich neuen Sache zu thun, und schon deshalb erschien die Anwendung des Proculianischen Occupationsprincipes gerechtfertigt.

Am bestimmtesten tritt diese Anschauung wieder in einer Stelle von Paulus auf, nämlich L. 24, 26 pr. de A. R. D. 41, 1:

Paul. l. XIV ad Sabin.: — In omnibus, quae ad eandem speciem reverti possunt, dicendum est, si materia manente species duntaxat forte mutata sit, veluti si meo aere statuam aut argento scyphum fecisses, me eorum dominum manere; sed si meis tabulis navem fecisses, tuam navem esse, quia cupressus non maneret, sicuti nec lana vestimento facto, sed cupresseum aut laneum corpus fieret.[41])

---

wird, so ist zwar eine thatsächliche Identität des Stoffes vorhanden, denn es ist gewiß, daß die Stofftheilchen der Asche schon im Holze, diejenigen des Methes schon im Honig und Wein enthalten waren. Allein für unsern Begriff ist Asche ein anderer Stoff als Holz, Meth ein anderer als Honig und Wein, und es fehlt daher trotz jener thatsächlichen an der begrifflichen Identität des Stoffes. — Vgl. zu dem im Texte gesagten auch Donell. Comm. de iure civ. Lib. IV cap. XII § 6, Dankwardt Nationalökonomie und Jurisprudenz I S. 32.

41) Die Stelle ist merkwürdig genug. Sie zeigt selbst am besten, wie wenig für die Beantwortung der Frage, ob in einem Fall die begriffliche Fortdauer des Stoffes anzunehmen oder nicht, das gewählte Unterscheidungsmerkmal innerlich angemessen war. Denn eben daraus, daß wir das aus der Wolle verfertigte Kleid ein wollenes nennen, dürfte klar genug erhellen, daß die Wolle als Stoff für unsern Begriff nicht untergegangen, sondern in dem Kleide noch vorhanden ist, gerade so gut, wie das Silber in dem daraus gemachten Becher. Wäre aber daraus, daß wir nach der Herstellung des Kleides nicht mehr schlechtweg von (Roh=)Wolle, sondern von einem wollenen Kleide (also einem „laneum corpus“) reden, daß also der frühere substantivische Begriff jetzt zu einem adjectivischen herabgesunken ist, der begriffliche Untergang des früheren Stoffes zu schließen, so müßte er nicht minder nach der Verarbeitung von Silber zu einem Becher angenommen werden. Denn auch hier sprechen wir nicht mehr schlechtweg von (Roh=)Silber, sondern von einem silbernen Becher (also einem argenteum corpus). Vgl. die eigene Bemerkung von Paulus in Sent. III, 6 § 85:

29. Die geschilderte Meinung — es ist die eine Auffassung, worin die von Gaius in L. 7 § 7 de A. R D. 41, 1 genannte und belobte „Mittelmeinung" bei den römischen Juristen vorkam — scheint schon zu Julian's Zeit bestanden und zwar insbesondere in Pomponius, dessen hier mit in Betracht fallendes Werk ad Sabinum früher als Julian's Digesten geschrieben ist[42]), einen Vertreter gefunden zu haben. Diese Vermuthung beruht auf folgenden Gründen.

In L. 29 § 1 de don. int. V. et U. 24, 1 aus dem 14. Buche des genannten Werkes berichtet Pomponius, und offenbar billigend (vgl. L. 31 pr., § 1 eod.), den Ausspruch Labeo's, daß Kleider, welche sich eine Frau aus von ihrem Manne geschenkter (und folglich in dessen Eigenthum verbliebener) Wolle mache, der Frau gehörten. Ferner spricht er in L. 27 § 1 de A. R. D. 41, 1 aus dem 30. Buch ad Sabinum ein aus verschiedenen Stoffen bereitetes Arzneimittel, sowie das aus verschiedenen Specereien verfertigte Salböl dem Specificanten zu. Endlich erfahren wir von Ulpian in L. 5 § 1 de R. V. 6, 1, daß er[43]) dieselbe Entscheidung für den aus Honig und Wein bereiteten Meth gab.[44])

Argento legato, massae tantummodo debebuntur; vasa enim, quae proprio nomine separantur, legato non cedunt, quia nec lana legata vestimenta debebuntur.

S. auch Dankwardt a. a. O. S. 33. — Diese Erwägungen mögen einstweilen dazu dienen, es begreiflich zu machen, wie neben der im Texte geschilderten Auffassung der „Mittelmeinung", die man gewöhnlich für die einzige hält, noch eine zweite sich bilden konnte, womit solche Seltsamkeiten vermieden wurden.

42) Vgl. meine Schrift über das Alter der Schriften römischer Juristen (Basel 1860) S. 8 f.

43) Wahrscheinlich ist das 36. Buch seines Edictscommentars gemeint, denn erstens ist die Stelle Ulpian's aus dessen 16. Buche ad Edictum, sodann aber vergleiche man L. 1 § 2, L. 8 pr. eod.. In der ersten Stelle hat zwar die Florent. „Pomponius libro XXXVII", allein in der Vulg. steht „Pomp. l. XXXVI", gewiß richtiger, da L. 36 de re iud. 42, 1 zeigt, daß Pomponius im 37. Buche von ganz andern Dingen gehandelt hat.

44) Die Stelle lautet so:

Ulp. l. XVI ad Edict.: — Idem (sc. Pomponius) scribit, si ex

Es stünde nun allerdings kein äußeres Hinderniß im Wege anzunehmen, daß Pomponius vollständig auf dem Proculianischen Standpunkte gestanden, allein, da er doch aller Vermuthung nach Sabinianer war, so ist dies kaum wahrscheinlich. Da nun überdies alle genannten Fälle von der Art sind, daß sich die nova species nicht mehr in die frühere Gestalt zurückführen läßt, so scheint das meiste dafür zu sprechen, daß er bereits von der Rücksicht auf die Rückführbarkeit oder Nichtrückführbarkeit der nova species ausgegangen ist. Daß er dabei aber gerade der hier fraglichen ersten Auffassung der Mittelmeinung folgte, dürfte mit Fug daraus abzuleiten sein, daß er in L. 27 § 1 cit. erstens als Entscheidungsgrund angibt, daß in den von ihm behandelten Fällen „nihil suum vere dicere potest prior dominus", zweitens aber beifügt: „quare potis-

---

melle meo, vino tuo factum sit mulsum, quosdam existimasse, id quoque communicari; sed puto verius, ut et ipse significat, eius potius esse, qui fecit, quoniam suam speciem pristinam non continet. Sed si plumbum cum argento mixtum sit, quia diduci possit, nec communicabitur, nec communi dividundo agetur, quia separari potest; agetur autem in rem actio. Sed si diduci, inquit, non possit, utputa si aes et aurum mixtum fuerit, pro parte esse vindicandum. Nec quaquam erit dicendum, quod in mulso dictum est, quia utraque materia, etsi confusa, manet tamen.

Die letzten Worte in Verbindung mit der Entscheidung, welche dadurch gerechtfertigt werden soll, möchten vielleicht Zweifel erregen, ob Pomponius wirklich die begriffliche Fortdauer oder Nichtfortdauer des alten Stoffes nur nach der Rückführbarkeit oder Nichtrückführbarkeit der nova species bemessen habe. Denn, könnte man sagen wollen, wenn es ihm für diese Frage bei der bloßen Vermischung auf Rückführbarkeit oder Nichtrückführbarkeit nicht ankam, so kann es auch wohl bei der Specification nicht der Fall gewesen sein. Der Schluß wäre meines Erachtens ungerechtfertigt, denn da durch bloße Vermischung überhaupt keine begrifflich neue Sache entsteht, so versteht sich von selbst, daß hier immer auch eine begriffliche Fortdauer des alten Stoffes angenommen werden muß. Erst bei der Specification kann die Frage zweifelhaft werden. Dazu kommt aber, daß die beiden zur Begründung der ersten und dritten Entscheidung bestimmten Sätze „quoniam — continet" und „quia — manet tamen" erst von Ulpian herrühren, in dessen Munde sie nichts weiter bedeuten, als daß im ersten Fall eine Specification vorliege, im dritten nicht. (S. unten Nr. 38).

simum existimari, cuius nomine factum sit, eius esse." Damit scheint in dieser Verbindung doch nur gesagt sein zu können, daß durch Verarbeitung mehrerer Stoffe zu einem Arzneimittel oder mehrerer Specereien zu Salböl diese Stoffe vernichtet seien, und daß daher die Proculianische Occupationstheorie zur Anwendung kommen müsse.[45]) Namentlich das letzte aber ist, wie sich noch zeigen wird, nur mit der ersten Auffassung der Mittelmeinung vereinbar.

30. Einen weiteren Anhänger dieser Auffassung haben wir in Callistratus zu erblicken, der sich in L. 12 § 1 de A. R. D. 41, 1 aus dem 2. Buche seiner Institutionen folgendermaßen äußert:

> Si aere meo et argento tuo conflato aliqua species facta sit, non erit ea nostra communis, quia, quum diversae materiae aes atque argentum sit, ab artificibus separari et in pristinam materiam reduci solet.

Im Sinne des Callistratus ist diese Stelle schwerlich von einer blosen Vermischung zweier Metalle zu verstehen, sondern von einer hinzukommenden Verarbeitung des Metallgemisches zu einem Becher oder sonstigen Gegenstande. Wenn er nun erklärt, daß dieser Gegenstand nicht Miteigenthum der Eigenthümer des Silbers und Kupfers werde, sondern (wie nach L. 5 § 1 de R. V. 6, 1 zu ergänzen ist) daß jeder derselben auf Ausscheidung und Rückerstattung seines Metalls klagen könne, wenn er also den Fall gerade so behandelt, wie die blose Zusammenschmelzung von Metallen ohne Hinzuthun irgend einer besondern Form: so liegt darin der deutlichste Beweis, daß er bei Zurückführbarkeit der nova species in die frühere Gestalt die Eigenthumsverhältnisse lediglich mit Rücksicht auf den

45) Man könnte freilich sagen, daß durch die erste Bemerkung Pomponius die behandelten Fälle wohl nur in Gegensatz zur blosen Vermischung habe stellen wollen Die Möglichkeit ist nicht zu bezweifeln, und in der That hat das ganze aus dieser, wie aus der zweiten Bemerkung gezogene Argument nur dann eine Beweiskraft, wenn man es aus inneren Gründen von vornherein für wahrscheinlich hält, daß Pomponius nicht ganz und gar den Proculianischen Standpunkt vertreten habe.

Stoff beurtheilte und die neue Form völlig außer Betracht ließ.[46])

31. Endlich begegnet uns die gleiche Auffassung in mehreren Stellen von Paulus, von denen zwei: L. 78 § 4 de legat. III (32) aus dem 2. Buch ad Vitellium und L. 24, 26 pr. de A. R. D. 41, 1 aus dem 14. Buch ad Sabinum schon oben (S. 161 fg.) mitgetheilt worden sind. Als eine dritte läßt sich L. 30 § 4 de acq. poss. 41, 2 aus dem 15. Buch ad Sabinum insofern anführen, als sie wenigstens nichts enthält, was mit jener Auffassung in Widerstreit wäre. Sehr bezeichnend ist aber wieder L. 88 de legat. III (32) aus dem 5. Buch ad legem Iuliam et Papiam. Wenn hier gesagt wird, daß zwar das Vindicationslegat[47]) von Wolle und Werkholz erlösche, wenn aus der Wolle ein Kleid, aus dem Holz ein Schiff oder Schrank verfertigt sei, daß hingegen das Legat einer Masse Rohmetalls sich auch auf die daraus gefertigten Becher erstrecke: so sind alle diese Entscheidungen immer wieder nur aus der gedachten Anschauungsweise zu erklären.[48]) Im Einklange mit diesen Entscheidungen steht übrigens auch L. 49 pr. de legat.

---

46) Der Gedankengang des Callistratus ist meines Erachtens dieser: Die Zusammenschmelzung meines Kupfers und deines Silbers macht uns nicht zu Miteigenthümern der entstandenen Legirung, weil beide Metalle wieder scheidbar sind. Wird nun aus dem Gemisch ein Becher u. dgl. gemacht, so tritt dieser für die rechtliche Beurtheilung ganz an die Stelle der Rohmasse; die Eigenthumsverhältnisse, wie sie an dieser bestanden, übertragen sich unverändert auf den Becher, und folglich kann letzterer auch nicht mein und dein Miteigenthum sein. — Solche Consequenzen, welche, wenn die Eigenthümer der verarbeiteten Metalle nicht gütlich zu einigen waren, möglicherweise zur Vernichtung eines kostbaren Kunstwerkes führen konnten, zeigten recht deutlich die praktische Unzulänglichkeit der ersten Auffassung der Mittelmeinung und machen es wiederum begreiflich, wie noch eine andere Auffassung derselben entstehen konnte.

47) Daß in der Stelle Vindicationslegate vorausgesetzt werden, erhellt aus § 1 derselben:

Sed et materia legata, navis armariumve ex ea factum non vindicetur.

48) Die Entscheidung des § 2 der Stelle dagegen, daß das Legat eines Schiffes durch dessen Auseinanderlösung untergehe, möchte mit einem andern, später zu erörternden Gesichtspunkte zusammenhängen. (S. Nr. 74.)

II (31) aus dem nämlichen Werke und Buche, wonach das Legat eines Ochsen durch dessen Tod aufgehoben wird und sich auf die Haut und das Fleisch nicht erstreckt.

32. Dagegen scheint Paulus in seinem Edictscommentar völlig in die Fußstapfen des Sabinus und Cassius getreten zu sein. Wir haben aus diesem Werke folgende fünf auf die Specificationslehre bezügliche Stellen:

1) L. 12 § 3 ad exhib. 10, 4 aus dem 26. Buche:

Si quis ex uvis meis mustum fecerit vel ex olivis oleum vel ex lana vestimenta, quum sciret haec aliena esse, utriusque nomine ad exhibendum actione tenebitur, quia quod ex re nostra fit, nostrum esse verius est.

Alle hier angegebenen Beispiele sind Fälle nichtrückführbarer Specification. Dennoch erkennt Paulus das Eigenthum der nova species dem Eigenthümer der specificirten Sache zu und zwar wegen des ausgesprochenen, in dieser Allgemeinheit und Verbindung nur zu der Ansicht des Sabinus und Cassius (und allenfalls noch des Julian) passenden Grundes, weil das, was aus einer uns gehörigen Sache gemacht werde, nach der richtigeren Ansicht als unser Eigenthum zu betrachten sei. Deshalb gibt er auch gedachtem Eigenthümer die actio ad exhibendum nicht blos wegen der alten durch die Specification vernichteten Sache (aus dem Gesichtspunkte des dolo malo possidere desiisse, weswegen er ausdrücklich die Voraussetzung beifügt: „quum sciret haec aliena esse“), sondern auch wegen der nova species, während er sie nach der (ersten Auffassung der) Mittelmeinung nur wegen der alten Sache hätte gewähren dürfen.[49])

49) Vgl. unten Nr. 36. — Die richtige Ansicht, daß die Stelle auf dem Standpunkte des Sabinus und Cassius stehe, findet sich schon bei Voet Comm. ad Pand. XLI, 1 § 21. Vgl. auch Göschen Vorles. § 247 bei Anm. 4. Es hat aber begreiflich auch an Versuchen nicht gefehlt, die Stelle mit der Mittelmeinung in Einklang zu bringen, zumal es, wie man glaubte, galt, den Paulus vor einem Widerspruche mit sich selbst zu bewahren. Am häufigsten werden zu dem Ende die Schlußworte so ausgelegt: „Bei wissentlicher Specification einer fremden Sache sei es richtiger zu sagen, daß das in unser Eigenthum falle, was aus unserer Sache

2) L. 18 § 3 de pign. act. 13, 7 aus dem 29. Buche.

In dieser schon oben (S. 155) abgedruckten Stelle theilt Paulus den Ausspruch des Cassius mit, daß sich die Verpfändung „eines Waldes" nicht auf das daraus gefertigte Schiff erstrecke. Da sich Paulus jeder eigenen Beifügung enthält, so folgt daraus, daß er die Entscheidung des Cassius (die, beiläufig bemerkt, mit Julian's Anschauung unverträglich ist) vollständig zu der seinigen machen will.

3) L. 13 de cond. furt. 13, 1 aus dem 39. Buche.

Ex argento subrepto pocula facta condici posse, Fulcinius ait. Ergo in condictione poculorum etiam caelaturae aestimatio fiet, quae impensa furis facta est, quemadmodum, si infans subreptus adoleverit, aesti-

---

gemacht werde." Vgl. schon die Glosse zu den Worten „verius est", ferner Donell. Comm. de iure civ. L. IV cap. XII § 7, Meier Coll. Argent. XLI, 1 § 30 nr. VII, W. Sell Versuche I S. 206, K. Sell Dingl. Rechte I S. 105 u. a. Allein es genügt wohl an einem unbefangenen Blick auf die Stelle, um sich zu überzeugen, daß dies der Gedanke des Paulus nicht gewesen sein kann. In den Worten: „quod ex re nostra fit, nostrum esse verius est" will er ganz unverkennbar auf den Streit der älteren Sabinianer und Proculianer hindeuten und sich zu Gunsten der ersten entscheiden. Der Satz aber: „quum sciret haec aliena esse" soll keineswegs zur Rechtfertigung dafür dienen, daß die actio ad exhibendum wegen der neuen, sondern gerade umgekehrt, daß sie wegen der alten Sache gegeben wird; denn nur bei wissentlicher Specification einer fremden Sache kann man sagen, der Specificant habe dolo malo deren Besitz aufgegeben. Eine andere Auslegung ist die: Paulus wolle mit den Schlußworten der Stelle nur sagen, auf Sachen, die aus uns gehörigen Sachen gemacht seien, stehe uns ein mit einer Klage zu verfolgender Anspruch — nur nicht gerade Eigenthum — zu. Schmid Handbuch I S. 175, Vangerow Pand. I § 310 (7. Aufl. S. 567), Dankwardt Nationalök. u. Jurispr. I S. 33 Anm. 49. Allein diese Deutung ist doch wohl schon mit den Worten nicht zu vereinigen (vgl. K. Sell Dingl. Rechte S. 106), ganz abzusehen davon, daß dabei die Gestattung der actio ad exhibendum wegen der neuen Sache ohne Erklärung bleibt. Ist es denn aber etwas so wunderbares und auffallendes, daß ein juristischer Schriftsteller bei bestrittenen Fragen in dem einen Werke auf diese, in dem andern auf eine andere Seite tritt? — Wie die Stelle im Zusammenhange der Justinianischen Gesetzgebung aufzufassen ist, wird später erörtert werden.

matio fit adolescentis, quamvis cura et sumptibus furis creverit.

Die Stelle würde, wie die vorige, natürlich auch zu der Mittelmeinung stimmen; sie läßt sich aber ganz eben so gut vom Standpunkte des Sabinus und Cassius erklären.

4) L. 3 § 21 de acq. poss. 41, 2 aus dem 54. Buche.

Paulus redet hier von den verschiedenen Arten des Besitzes: pro emtore, pro donato, pro legato, pro dote, pro herede, pro noxae dedito, pro suo und sagt, pro suo werde besessen, „quae terra marique vel ex hostibus capimus, vel quae ipsi, ut in rerum natura essent, fecimus." Das letzte geht unzweifelhaft auf die Specification und ist sowohl mit der Anschauung Julian's, als auch in solcher Allgemeinheit mit der ersten Auffassung der Mittelmeinung unvereinbar, weil jener überhaupt, diese wenigstens bei Rückführbarkeit der nova species alle rechtlichen Beziehungen und Verhältnisse der alten Sache auf die nova species übertrug und folglich auch dem Besitze der letzteren den nämlichen Titel unterstellen mußte, auf welchen die alte Sache besessen worden war. (S. unten Nr. 41). Dagegen verträgt sich die Stelle sehr gut mit der Anschauung des Sabinus und Cassius, weil diese, gleich den Proculianern, an der nova species stets ganz neue rechtliche Verhältnisse beginnen ließen. [50]) Man darf sich nicht etwa daran stoßen, daß Paulus die Specification mit der Occupation herrenloser Sachen als Beispiele der pro suo possessio zusammenstellt, und daraus nicht folgern wollen, daß er auch jene stets oder doch in manchen Fällen (bei Nichtrückführbarkeit der nova species) als Occupation einer herrenlosen Sache aufgefaßt hätte. Denn in L. 2 pro suo 41, 10 aus dem gleichen Werk und Buche führt er als Beispiele einer pro suo possessio, und zwar wieder neben der Occupation

50) In der Stelle selbst liegt dafür ein neuer und sehr schlagender Beweis, sobald man durch L. 12 § 8 cit., L. 18 § 8 cit. und die sogleich zu besprechende L. 4 § 20 de usurp. 41, 8 für hinreichend dargethan erachten will, daß Paulus in seinem Edictscommentar ganz und gar der Ansicht des Sabinus und Cassius folgte.

herrenloser Sachen, noch viele andere Fälle auf, welche ganz entschieden mit der Occupation nichts zu thun haben.

5) L. 4 § 20 de usurp. 41, 3 ebenfalls aus dem 54. Buche: Si ex lana furtiva vestimentum feceris, verius est, ut substantiam spectemus, et ideo vestis furtiva erit.

Dieser Ausspruch ist mit der ersten Auffassung der Mittelmeinung (und diese allein hat Paulus in andern Werken vertheidigt) unverträglich. Denn danach hätte die Wolle als untergegangen, das Kleid aber als eine nach Stoff und Form völlig neue Sache angesehen werden müssen [51]), worauf sich die Eigenschaft der Wolle als einer res furtiva um so weniger übertragen ließ, als das Kleid nach Occupationsrecht dem Specificanten zugesprochen werden mußte. Dagegen erklärt sich die Stelle sehr leicht vom Standpunkte des Sabinus und Cassius, und daß es deren Ansicht ist, wovon Paulus hier ausgeht, darauf dürften überdies die Worte: „verius est, ut substantiam spectemus" kenntlich genug hinweisen. [52])

Freilich muß man auch von diesem Standpunkt aus unterstellen, daß Paulus nur an eine vom Diebe selbst oder von einem dritten unredlichen Besitzer vorgenommene Specification gedacht habe. Denn Sabinus und Cassius ließen ja die rechtlichen Beziehungen der alten Sache nicht ohne weiteres auf die nova species übergehen und konnten folglich letztere für eine res furtiva nicht immer schon einfach dann erklären, wenn die alte Sache eine res furtiva gewesen, sondern nur dann, wenn in Betreff der nova species selbst und an und für sich betrachtet ein furtum anzunehmen war. Dies ließ sich aber eben blos unter der Voraussetzung annehmen, daß die Specification vom Dieb oder von einem dritten unredlichen Besitzer geschehen war, denn nur in solchem Fall konnte in der thatsächlichen Aneignung der nova species (deren Eigenthum nach Sabi-

---

51) Vgl. die eigene, oben S. 162 mitgetheilte Aeußerung des Paulus in L. 26 pr. de A. R. D. 41, 1.

52) Vgl. die wörtlich gleiche Aeußerung bei Gai. II, 79: „quidam materiam et substantiam spectandam esse putant, — — idque maxime placuit Sabino et Cassio."

nus und Cassius allemal dem Bestohlenen gehört) ein neues furtum erblickt werden. [52a])

Wollte man die Stelle nicht in dieser beschränkenden Weise auslegen, sondern im Sinne des Paulus auf jede Specification einer res furtiva, auch durch einen redlichen Besitzer, beziehen: so wäre sie höchstens vom Standpunkte Julian's zu erklären; man wird sich aber kaum zu der Annahme verstehen wollen, daß Paulus, nachdem er in den früheren Büchern seines Edictscommentars von der Ansicht des Sabinus und Cassius ausgegangen, späterhin zu derjenigen des Julian hinübergeschwenkt haben sollte.

Uebrigens wird diese einschränkende Auslegung vielleicht noch unbedenklicher erscheinen, wenn ich sogleich hinzufüge, daß sie jedenfalls im Zusammenhange der Justinianischen Gesetzgebung unbedingt nothwendig ist. Denn, da in der Stelle von einer nichtrückführbaren Specification die Rede ist, so muß nach Justinianischem Rechte, gemäß der unbestrittenen Ansicht aller, dem gutgläubigen Specificanten das Eigenthum der nova species zufallen, womit sich deren Betrachtung als res furtiva nicht verträgt. [53])

52a) Es wird nicht ganz überflüssig sein, den Gedankengang der Stelle, wie er sich hienach darstellt, etwas genauer zu entwickeln. „Wenn du", sagt Paulus, „aus gestohlener Wolle (wissentlich) ein Kleid gemacht hast, so ist es (zur Beurtheilung dieses Falles, wie aller andern) richtiger, der Ansicht zu folgen, welche auf den Stoff Rücksicht nimmt (d. h. also — s. die vorige Anm. — der Ansicht des Sabinus und Cassius), und deshalb wird das Kleid als res furtiva zu betrachten sein (während es vom Standpunkte des Nerva und Proculus nicht als solche angesehen werde könnte). Denn, da nach jener richtigeren Ansicht das Kleid in das Eigenthum desjenigen fällt, dem die Wolle gehört hat, so liegt in der wissentlichen Aneignung desselben ein neues furtum, wodurch nun eben auch das Kleid furtiv wird." Zur Unterstützung dieser Auslegung läßt sich auch der unmittelbar vorhergehende § 19 der Stelle benutzen, wo die Wolle gestohlener Schafe nur dann als res furtiva erklärt wird, wenn sie beim Dieb oder einem bösgläubigen Besitzer abgeschoren ist, weil nur dann in Betreff der Wolle selbst ein furtum vorliegt.

53) S. unten Nr. 62. Vgl. W. Sell Versuche I S. 200 vbd. mit S. 197 ff., Schilling Institutionen II § 159 Note h, Puchta Pand § 154 Note h und Vorles. § 154, K. Sell Dingliche Rechte I S. 104,

Wie im Edictscommentar, so scheint übrigens Paulus auch in den Sententiae vom Standpunkte des Sabinus und Cassius ausgegangen zu sein. Wenigstens dürfte dafür Paul. S. III, 6 § 85 (s. Anm. 41) im Zusammenhalte mit L. 78 § 4 de legat. III (32) — s. oben S. 161 — eine gewisse Vermuthung erwecken.

33. Wir haben die eine Auffassung kennen gelernt, in welcher die Mittelmeinung bei den römischen Juristen auftrat. Wir begegnen dieser Meinung aber auch noch in einer zweiten Auffassung, zu der man durch die Wahrnehmung geführt werden mochte, daß jene erste theils zu manchen praktisch mißlichen Folgen (s. Anm 46), theils auch theoretisch zu manchen Sonderbarkeiten führte (s. Anm. 41).

Zur Vermeidung dieser Unzukömmlichkeiten war es gar nicht nöthig, die ganze Mittelmeinung aufzugeben und zu einer der beiden extremen, von Sabinus und Cassius und von den Proculianern eingeschlagenen Richtungen zurückzukehren, sondern es genügte, wenn man nur der Mittelmeinung eine etwas andere Wendung gab, wodurch es sogar möglich wurde, die richtiger scheinende Ansicht jener älteren Juristen wieder aufzunehmen, daß das Eigenthum und die sonstigen an einer Sache bestehenden rechtlichen Verhältnisse niemals länger dauern könnten, als das begriffliche Dasein der Sache selbst, und daß also durch jede, einerlei ob rückführbare oder nicht nichtrückführbare, Specification alle an der alten Sache bestandenen rechtlichen Beziehungen und Verhältnisse untergehen und an der nova species durchaus neue, nach ganz selbständigen Rücksichten zu beurtheilende Verhältnisse und Beziehungen anheben müßten.

Man ging nämlich mit der ersten Auffassung davon aus, daß bei Rückführbarkeit der nova species der Stoff über die

---

Böcking Pand. II § 154 bei Anm. 17 (S. 167), Brinz Pand. I S. 194, Arndts Pand. § 155 Anm. 3, Windscheid Pand. § 187 Anm. 3. Bei allen diesen Schriftstellern findet sich die im Texte vertheidigte beschränkende Auslegung der Stelle. Eine andere, aber sehr gezwungene Erklärung s. bei Schmid Handbuch I S. 173 ff., und wieder eine andere, die aber doch auch wenigstens davon ausgeht, daß die Specification vom Diebe geschehen, bei Pagenstecher Lehre v. Eigenthum II S. 118.

Form in ihr ein Uebergewicht habe. Daraus folgerte man aber nicht mehr, daß sich das Eigenthum der alten Sache in der **nova species** fortsetze, oder gar, daß nur bei Rückführbarkeit der **nova species** eine begriffliche Fortdauer des alten Stoffes anzunehmen sei (diese Frage konnte völlig dahingestellt bleiben), sondern man leitete daraus blos die Folge ab, daß es am natürlichsten sei, das neue Eigenthum der **nova species** dem gewesenen Eigenthümer der alten Sache zuzusprechen; denn da von ihm das überwiegende Element der **nova species** herrühre, so müsse ihm auch der überwiegende Anspruch auf deren Eigenthum zugestanden werden. Lasse sich dagegen die **nova species** nicht mehr in die frühere Erscheinungsart zurückbringen, dann komme umgekehrt der Form über den Stoff ein Uebergewicht zu, weshalb nun demjenigen, von dem die Form herrühre, also dem Specificanten, der überwiegende Eigenthumsanspruch gebüren müsse.[54])

---

54) Man könnte zu der Frage geneigt sein, warum die römischen Juristen, wenn sie doch einmal auf die beiden zur Erzeugung einer **nova species** mitwirkenden Factoren: Stoff und Arbeit, bei Bestimmung des Eigenthums an der **nova species** Rücksicht nahmen, nicht zu der Entscheidung gekommen seien, daß letztere sowohl dem Eigenthümer der verarbeiteten Sache, als dem Specificanten zu Miteigenthum nach Verhältniß des Werthes jener beiden Elemente zugesprochen werden müsse. In der That haben manche neuere nach dem Vorgange von Grotius diese Entscheidung für die angemessenste gehalten (vgl. **Struv Synt. Exerc. XLI § 37, Lauterbach Coll. XLI, 1 § 84**), und das österreichische Gesetzbuch hat eine ähnliche Entscheidung aufgenommen (s. Pagenstecher Lehre vom Eigenthum II S. 114 Anm. 1). Allein die Römer sind, wie mir dünkt, gerade diesen Weg mit gutem Grunde nicht gegangen. Denn die Specification ist nicht immer eine Production im wirthschaftlichen Sinne; die **nova species** hat nicht stets einen höheren Werth, als die zu ihrer Erzeugung verwendete Sache, sondern sie kann eben so gut einen geringeren Werth haben. So können z. B. der Most und die Träbern zusammengenommen weniger werth sein, als die gekelterten Trauben u. dgl, ganz abzusehen davon, daß die Verarbeitung schlecht gelungen, z B. das Tuch schlecht gewoben, und schon deshalb das Product weniger werth sein kann, als der verarbeitete Stoff. Wie sollte man nun in solchen Fällen die Eigenthumsantheile bemessen, da doch auch hier die Arbeit einen Factor des Daseins der **nova species** bildet und folglich bei der Eigenthumsfrage nicht ganz außer Rücksicht bleiben dürfte? — Andere, wie z. B. Conna-

Ehe ich mich anschicke, das Vorhandensein dieser Ansicht aus den Quellen nachzuweisen, will ich vorerst noch einen nicht unwichtigen Unterschied derselben von der ersten Auffassung der Mittelmeinung hervorheben. Letztere hatte bei Nichtrückführbarkeit der nova species das Proculianische Occupationsprincip angewandt und war dazu im Stande gewesen, weil sie bei rückführbarer Specification alle rechtlichen Beziehungen der alten Sache in der nova species fortdauern ließ. Indem die zweite Auffassung dieses verwarf und auch bei Rückführbarkeit der nova species immer völlig neue rechtliche Beziehungen und Verhältnisse an der letzteren anerkannte, dennoch aber deren Eigenthum nicht dem Specificanten, sondern dem Stoffeigenthümer zusprach, konnte sie natürlich auch bei nichtrückführbarer Specification den Gesichtspunkt der Occupation nicht festhalten. Vielmehr mußte sie zur Bestimmung des Eigenthums an der nova species eine ganz neue principielle Grundlage aufsuchen und fand diese in dem entwickelten einfachen Gedanken, daß der nächste und überwiegende Anspruch auf das Eigenthum der nova species jedesmal demjenigen zugeschrieben werden müsse, von dem das überwiegende Element derselben hergekommen sei.

Es erhellt, daß, wenn Gaius in L. 7 § 7 de A. R. D. 41, 1 von einer gleichzeitigen Billigung der Ansicht des Sabinus und Cassius bei rückführbarer, und der Ansicht des Nerva und Proculus bei nichtrückführbarer Specification spricht, dieses überall, und ob man nun von der ersten oder zweiten Auffassung der Mittelmeinung ausgeht, nur von dem praktischen Ergebnisse für die Eigenthumsfrage, nicht aber auch von der inneren Begründung desselben verstanden werden darf.

---

nus und Hotmanus (s. Hilliger in not. 2 ad Donelli Comm. de iure civ. L. IV cap. XII), haben es für das sachgemäßeste erklärt, die nova species dem Stoffeigenthümer zuzubilligen, wenn der Werth des Stoffes den der Arbeit, dem Specificanten, wenn der Werth der Arbeit den des Stoffes übersteige, und dieser Ansicht hat sich im wesentlichen das französische Civilgesetzbuch Art. 570 ff. angeschlossen.

34. Die zweite Auffassung der Mittelmeinung findet sich nun vor allem und ganz besonders entschieden bei Gaius. Dies ergibt sich aus seiner ganzen Darstellung in L. 7 § 7 de A. R. D. 41, 1 und namentlich aus der Art, wie er von der Proculianischen Meinung redet. Denn, wenn er sagt: „Quum quis ex aliena materia speciem aliquam suo nomine fecerit, Nerva et Proculus putant, hunc dominum esse, qui fecerit, quia quod factum est. antea nullius fuerat“: so beweist dieser Indicativ, daß Gaius den Satz „quia — — fuerat“ nicht blos im Sinne des Nerva und Proculus schreibt, sondern daß er ihn selbst für richtig hält. Mit dem Gedanken selber, daß die nova species stets eine neue Sache sei, woran ein ganz neues, bisher noch Niemanden zuständig gewesenes Eigenthum stattfinde, ist also Gaius vollkommen einverstanden, und zwar, da er ihn in unmittelbarer Anknüpfung an die Proculianische Ansicht und ohne jede Einschränkung ausspricht, völlig in demselben Umfange und ohne Unterscheidung der Rückführbarkeit oder Nichtrückführbarkeit, wie Proculus und Nerva; nur wollte er deshalb noch nicht die von diesen Juristen daraus abgeleitete Folge billigen, daß dieses Eigenthum allemal gerade dem Specificanten zufallen müsse, vielmehr stellte er sich in Betreff der Eigenthumsfrage auf die Seite der Mittelmeinung. Es ist aber klar, daß Gaius bei Bestimmung dieser Frage nirgends von der Occupationstheorie ausgegangen sein kann, weil er doch sonst von jenem Vordersatze aus nothwendig zu der gedachten Folge hätte gelangen müssen, und namentlich darin ist nun, wie wir gesehen haben, ein wesentliches Kennzeichen der zweiten Auffassung der Mittelmeinung zu erblicken.

Daß aber Gaius wirklich dieser zweiten Auffassung folgte, wird noch viel deutlicher ersichtlich aus der Art und Weise, wie er den Fall zufälliger Entstehung einer nova species behandelt. Die Proculianer mußten hier folgerecht annehmen, daß die nova species als res nullius dem ersten Occupanten zufalle; nach der ersten Auffassung der Mittelmeinung mußte die gleiche Entscheidung wenigstens bei Nichtrückführbarkeit der nova

species gegeben werden.[55]) Gaius aber spricht diese ohne Unterscheidung der Rückführbarkeit und Nichtrückführbarkeit allemal dem Eigenthümer der Sache zu, woraus die nova species entstanden ist. Dies zeigt sich in L. 7 § 8 und 9 de A. R. D. 41, 1:

> Voluntas duorum dominorum miscentium materias commune totum corpus efficit, sive eiusdem generis sint materiae, veluti vina miscuerunt, vel argentum conflaverunt, sive diversae, veluti si alius vinum contulerit, alius mel, vel alius aurum, alius argentum, quamvis et mulsi et electri novi corporis sit species. Sed etsi sine voluntate dominorum casu confusae sint duorum materiae vel eiusdem generis, vel diversae, idem iuris est.

Mit den Worten „vel eiusdem generis, vel diversae" werden unverkennbar sämmtliche vorher genannte Beispiele herbeigezogen, namentlich also die beiden Fälle, welche Gaius ausdrücklich als Specificationsfälle bezeichnet, die Vermischung von Honig und Wein zu Meth und von Gold und Silber zu electrum. Von diesen beiden Fällen war aber der erste ganz gewiß, und der zweite nach dem damaligen Standpunkte der Chemie vielleicht ebenfalls ein Fall nichtrückführbarer Specification.

Es wird von selbst einleuchten, wie sich die Entscheidung des Gaius mit der zweiten Auffassung der Mittelmeinung sehr natürlich ergeben mußte. Nach dieser Auffassung waren es zwei Personen, welche auf das Eigenthum einer nova species an sich einen natürlichen Anspruch hatten: derjenige, von dem der Stoff, und derjenige, von dem die neue Erscheinungsart her-

55) Es ist freilich nach praktischen Rücksichten nicht leicht, zu glauben, daß diese Consequenz jemals von einem römischen Juristen anerkannt worden sei, wiewohl sie von Bechmann S. 47 ff., bes. S. 50 sogar für das heutige Recht behauptet wird. Dennoch sehe ich nicht, wie man Seitens der Proculianer und der ersten Auffassung der Mittelmeinung darüber hinwegkommen konnte, und daß über das Schicksal einer durch Zufall entstandenen nova species Streit gewesen, dürfte sich auch aus § 27 I. de R. D. 2, 1 ergeben verb.: „idem iuris esse placuit." Vgl. Schrader zu diesen Worten.

rührte. Je nachdem das eine oder andere dieser Elemente im einzelnen Fall als das überwiegende erschien, trug auch die eine oder andere jener beiden Personen den Sieg davon. War nun aber die neue Erscheinungsart nicht durch menschliche Thätigkeit, sondern durch den Zufall herbeigeführt, so war Niemand da, der wegen Herstellung der neuen Erscheinungsart einen Anspruch auf das Eigenthum der nova species hätte erheben können. Es blieb also nur noch der auf dem stofflichen Elemente beruhende Anspruch übrig, und es verstand sich daher ganz von selbst, daß das Eigenthum der nova species immer und ohne jede Unterscheidung dem Eigenthümer der Sache, woraus dieselbe entstanden war, zuerkannt werden mußte.[56]

35. Die zweite Auffassung der Mittelmeinung ist aber ferner von Ulpian in dessen Edictscommentar vertreten worden. Daß zunächst Ulpian in diesem Werk überhaupt der Mittelmeinung folgte, dürfte sich unzweideutig aus einer Verbindung von L. 5 § 1 de R. V. 6, 1 aus dem 16. Buch und L. 52 § 14 de furt. 47, 2 aus dem 37. Buch ergeben. In der ersten Stelle verficht er den Satz, daß der aus fremdem Wein und Honig bereitete Meth dem Specificanten gehöre, und kann also kein reiner Anhänger des Sabinus und Cassius (und des Julian) gewesen sein. In der zweiten Stelle aber gibt er Entscheidungen, welche, wie sogleich dargelegt werden soll, mit dem Standpunkte des Proculus und Nerva unvereinbar sind. Beibt sonach nichts übrig, als in Ulpian einen Vertreter der Mittelmeinung zu erblicken, so lehrt L. 52 § 14 cit. weiter, daß diese blos in der zweiten Auffassung bei ihm gesucht werden darf.

Zur Begründung dieser Sätze wird es erforderlich sein, auf L. 52 § 14 cit. genauer einzugehen. Die Stelle lautet so:

> Si quis massam meam argenteam subripuerit et pocula fecerit, possum vel poculorum vel massae furti agere vel condictione. Idem est et in uvis et in musto et in vinaceis; nam et uvarum et musti et vinaceorum nomine furti agere[57]) potest; sed et condici.

---

56) Nach Bechmann S. 49 wäre die Entscheidung des Gaius, und zwar selbst im Sinne dieses Juristen, als eine Anomalie zu betrachten. (?)

57) Es ist ohne Zweifel „agi“ zu lesen.

Ulpian erklärt, daß der Eigenthümer einer entwendeten und vom Diebe specificirten Sache nicht blos wegen dieser Sache in ihrer ursprünglichen Gestalt, sondern auch wegen der nova species die actio furti und die condictio furtiva gebrauchen könne, und zwar gleicherweise in Fällen rückführbarer und nichtrückführbarer Specification, Fälle, die er übrigens sichtlich unterscheidet, woraus eine neue Vermuthung entspringt, daß er sich im Edictscommentar der Mittelmeinung anschloß. Indem aber Ulpian sowohl bei rückführbarer, als nichtrückführbarer Specification dem Bestohlenen die Klagen auch wegen der nova species gestattet, spricht er ihm in Gemäßheit bekannter Regeln [58]) beidemale deren Eigenthum zu, was sich nur entweder vom reinen Standpunkte des Sabinus und Cassius (und des Julian) oder mit der zweiten Auffassung der Mittelmeinung erklären läßt. Diese Behauptung wird freilich einer etwas längeren Ausführung benöthigen.

36. Die Proculianer von ihrem reinen Occupationsprincip aus mußten auch dem specificirenden Diebe das Eigenthum der nova species zusprechen, da beim Erwerbe herrenloser Sachen durch Occupation auf bona oder mala fides nichts ankommen kann. Folglich konnten sie aber dem Bestohlenen die Diebsklagen nur wegen der entwendeten materia gewähren auf Grund des Satzes, daß diese Klagen durch den Untergang der entwendeten Sache nicht aufgehoben werden. [59]) Dies erhält nun auch seine vollständige Bestätigung durch Gai. II, 79, wo von den Proculianern folgendes gesagt wird:

„Alii vero eius rem esse putant, qui fecerit, idque maxime diversae scholae auctoribus visum est; sed eum quoque cuius materia et substantia fuerit, furti adversus eum qui subripuerit, habere actionem, nec minus adversus eundem condictionem ei competere, quia extinctae res, licet vindicari non possint, condici

---

58) Vgl. L. 1 de cond furt 13, 1, L 14 § 16 de furt 47, 2 u. v. a.

59) L. 46 pr. de furt. 47, 2, L. 3, 7 § 2, L. 8 pr., 20 de cond. furt. 13, 1, vgl. L. 10 § 2, 3, L. 12 pr., § 1 eod.

tamen furibus et quibusdam aliis possessoribus possunt.“

Der Schlußsatz gestattet keinen Zweifel, daß hier wirklich blos von einer Condiction der materia, nicht auch von einer Condiction der nova species die Rede ist.

Anders gestaltete sich das Verhältniß vom Standpunkte des Sabinus und Cassius. Diese mußten zwar aus dem nämlichen Grunde, wie die Proculianer, dem Bestohlenen die Diebstahlsklagen wegen der materia gewähren, sie mußten sie ihm aber außerdem auch noch wegen der nova species gestatten, weil deren Eigenthum nach ihrer Ansicht dem bestohlenen Eigenthümer der materia gehörte und daher in ihrer thatsächlichen Aneignung Seitens des Diebes ein neues furtum lag, welches nun auch wegen der nova species die Diebstahlsklagen begründete.

Einen äußeren Beleg für die Richtigkeit dieser Folgerung haben wir in L. 12 § 3 ad exhib. 10, 4, welche zwar nicht gerade für die Diebsklagen, aber doch für die nahe verwandte actio ad exhibendum völlig in der angegebenen Weise entscheidet. Ferner lassen sich anführen L. 13 de cond. furt. 13, 1, welche die condictio furtiva auch wegen der aus dem entwendeten Silber gemachten Becher gibt, und L. 4 § 20 de usurp. 41, 3, wonach das aus der gestohlenen Wolle vom Diebe verfertigte Kleid gleichfalls res furtiva sein soll. Alle diese Stellen sind hier unmittelbar beweiskräftig, weil sie aus dem Edictscommentar des Paulus geschöpft sind, worin dieser, wie oben gezeigt, ganz und gar der Anschauung des Sabinus und Cassius folgt.[60]

Ganz gleichermaßen mußte, wie ich glaube, Julian die Frage behandeln. Auch er hielt die specificirte Sache für untergegangen und die nova species für eine neue Sache und wollte nur wegen Fortdauer des Stoffes die rechtlichen Beziehungen und Verhältnisse der alten Sache in der nova species fortdauern lassen. Daraus folgt, daß er zwar die aus einer entwendeten Sache verfertigte nova species ebenfalls ohne

---

60) S. darüber und über die drei Stellen Nr. 32.

weiteres für eine res furtiva erklären mußte, einerlei, ob die Specification vom Dieb oder von einem gutgläubigen Besitzer geschehen war, indem es sich hiebei lediglich um eine der Sache selbst (und also nach Julian's Meinung dem Stoffe) anklebende rechtliche Eigenschaft handelt. Allein er konnte deswegen noch nicht in demselben Umfang auch die Diebstahlsklagen wegen der nova species zulassen. Denn diese — und bei der actio furti ist es ganz besonders einleuchtend — gründen sich nicht schon auf die blose Eigenschaft einer Sache als res furtiva, sondern sie setzen immer die Thatsache eines furtum voraus; ein solches kann aber in der Specification einer entwendeten Sache natürlich nur dann gefunden werden, wenn sie vom Diebe selbst oder doch von einem bösgläubigen Besitzer bewirkt worden ist.[61])

Auch Julian also konnte, wie Sabinus und Cassius, die Diebstahlsklagen unbedingt nur wegen der entwendeten alten Sache gewähren, wegen der nova species aber nur dann, wenn auch in Betreff dieser, und zwar ganz selbständig und an und für sich betrachtet, alle Merkmale eines furtum vorhanden waren.

Auch dafür fehlt es an einer unmittelbar beweisenden Stelle nicht in L. 14 § 2, 3 de cond. furt. 13, 1 aus dem 22. Buche von Julian's Digesten. Ihr Wortlaut, soweit er hier in Betracht kommt, ist folgender:

> Bove surrepto et occiso condictio et bovis et corii et carnis domino competit, scilicet si et corium et caro contrectata fuerunt; cornua quoque condicentur. — — Idem iuris est uvis surreptis, nam et mustum et vinacia iure condici possunt.

---

61) Vgl. L. 5, 6 de cond. furt. 13, 1, § ult. I. de obl., quae ex del. 4, 1. Am deutlichsten dürfte sich die Richtigkeit der im Text aufgestellten Sätze bei folgender Erwägung ergeben: Die entwendete Sache hört dadurch, daß sie vom Dieb an einen dritten gutgläubigen Erwerber veräußert wird, noch nicht auf, res furtiva zu sein, weil dies eben eine der Sache selbst anhaftende rechtliche Eigenschaft ist. Gleichwohl kann dieser dritte Erwerber nicht mit der condictio furtiva belangt werden, weil sich in seiner thatsächlichen Aneignung der Sache kein furtum erblicken läßt.

Wir stehen bei der ersten Auffassung der Mittelmeinung. Es ist einleuchtend, wiewohl wir dafür kein äußeres Zeugniß besitzen, daß sie bei rückführbarer Specification wie Sabinus, Cassius und Julian, bei nichtrückführbarer dagegen wie die Proculianer entscheiden mußte, im letzten Fall also niemals wegen der nova species, sondern stets nur wegen der alten Sache die Diebstahlsklagen gestatten konnte. Daraus folgt nun eben der schon früher gezogene Schluß, daß Ulpian, da er in cit. L. 52 § 14 de furt. 47, 2 auch bei nichtrückführbarer Specification die Klagen ebensowohl wegen der nova species, als wegen der alten Sache zuläßt, kein Anhänger jener ersten Auffassung gewesen sein kann.

37. Es wird sich nur noch fragen, wie diese Ulpianische Entscheidung mit der zweiten Auffassung der Mittelmeinung zu vereinigen sei. Ich glaube, ganz einfach so. Wenngleich man bei Nichtrückführbarkeit der nova species im allgemeinen dem Specificanten den stärkeren natürlichen Anspruch auf deren Eigenthum zuschrieb, so sollte doch dieser Anspruch ausnahmsweise nicht beachtet werden und hinter dem an sich schwächeren Anspruche des Eigenthümers der verarbeiteten Sache zurückstehen, so oft in der Specification eine Unredlichkeit lag.

Eine solche Ausnahme war mit dem Standpunkte der zweiten Auffassung offenbar sehr gut verträglich. Diese ging ja bei Bestimmung des Eigenthums an der nova species überhaupt so zu sagen davon aus, wer jedesmal dieses Eigenthums am würdigsten sei. Eine Würdigkeit des Specificanten ließ sich aber gewiß nicht mehr behaupten, wenn diesen bei der Specification der Vorwurf einer Unredlichkeit traf. So gut bei zufälliger Entstehung einer nova species deren Eigenthum allemal, und auch bei Nichtrückführbarkeit, dem Stoffeigenthümer zuzuerkennen war, weil dessen Ansprüche auf das Eigenthum kein Anspruch eines andern entgegenstand (S. Nr. 34): eben so gut mußte es bei Unredlichkeit des Specificanten geschehen, weil hier dessen Anspruch verdientermaßen keine Berücksichtigung fand.

Durch diese Entscheidung kam man zugleich in Einklang mit den Grundsätzen, welche über den Erwerb der Früchte einer

fremden Sache gelten. Der nächste Anspruch auf das Eigenthum der Früchte wird dem Besitzer der Sache zuerkannt, und zwar, wie § 35 I. de R. D. 2, 1 sich ausdrückt, „naturali ratione pro cultura et cura“, d. h. wegen der Arbeit, die in der Regel zur Erzielung von Früchten aufzuwenden ist. Allein dieser natürliche Anspruch des Besitzers soll doch bekanntlich nur zur Geltung kommen, wenn er ein redlicher Besitzer ist. Die Unredlichkeit hebt auch hier jede Rücksicht auf den Anspruch des Besitzers auf, so daß nun der an sich schwächere Anspruch des Eigenthümers der Sache auf die Früchte in ungehinderte Wirksamkeit tritt.[62])

38. Darf es nach diesen Erörterungen als feststehend angesehen werden, daß Ulpian in seinem Edictscommentar der zweiten Auffassung der Mittelmeinung folgte, so erhält nun auch L. 5 § 1 de R. V. 6, 1 aus dem 16. Buche des nämlichen Werkes (s. Anm. 44) ihr richtiges Verständniß. Namentlich wird einleuchtend, daß man nicht wegen des Schlußsatzes: „quia utraque materia, etsi confusa, manet tamen“ glauben darf, Ulpian habe mit der ersten Auffassung der Mittelmeinung darauf geachtet, ob wenigstens der Stoff der alten Sache in der nova species noch als begrifflich fortdauernd anzusehen, oder nicht. Ulpian's Gedankengang in der Stelle war vielmehr ohne allen Zweifel blos dieser: Wenn aus meinem Honig und deinem Weine Meth bereitet ist, so fällt dieser nicht in mein und dein Miteigenthum, sondern in das Eigenthum des Verfertigers, weil hier nicht, wie einige geglaubt haben, eine blose Vermischung, sondern eine (und zwar, wie wir im Sinn Ulpian's ergänzend hinzufügen müssen, nicht rückführbare) Specification vorliegt („quoniam suam speciem pristinam non continet“). Anders ist zu entscheiden, wo wir

62) Schon Dernburg in der krit. Zeitschr. f. Rechtswiss. I. S. 145, 147 hat auf die Analogie des Fruchterwerbes und des Erwerbes durch Specification hingewiesen und hinsichtlich des Fruchterwerbes bereits denselben Gedanken ausgesprochen (daß die Römer demjenigen das Eigenthum der Früchte zugeschrieben, der das beste Theil dazu gegeben), worauf meiner Ansicht nach auch die zweite Auffassung der Mittelmeinung in der Specificationslehre beruhte.

es nur mit einer Vermischung zu thun haben. Lassen sich nämlich die vermischten Stoffe wieder scheiden, wie bei einer Vermischung von Blei und Silber, so tritt nicht einmal ein Miteigenthum an dem Gemische ein, sondern jeder Eigenthümer kann seinen Stoff vindiciren. Ist aber eine Scheidung nicht mehr möglich, wie bei einer Vermischung von Kupfer und Gold, so entsteht für die Eigenthümer der vermischten Stoffe Miteigenthum an dem Gemische. Man darf hier, fügt Ulpian warnend hinzu, durchaus nicht etwa so, wie bei dem Meth, entscheiden wollen, denn das Gemisch von Kupfer und Gold ist keine **nova species**, weil der Begriff beider Stoffe nicht, wie bei dem Meth, durch einen neuen Begriff aufgezehrt und verdrängt wird, sondern trotz der Vermischung fortbesteht. Wie wir es schon früher nur mit (Roh-)Gold und (Roh-)Kupfer zu thun hatten, so haben wir es auch nach der Vermischung mit nichts weiter als mit (Roh-)Gold und (Roh-)Kupfer zu thun, indem wir die entstandene Legirung nicht mit einem neuen Namen bezeichnen, sondern eben lediglich ein Gemisch von Gold und Kupfer nennen (S. oben Nr. 17): „**utraque materia, etsi confusa, manet tamen**". (Vgl. auch Anm. 44.)

39. Geringeren Werth für die Ermittelung von Ulpian's Standpunkt möchte **L. 9 § 3 ad exhib. 10, 4** aus dem 24. Buche des Edictscommentars haben. Ulpian spricht von dem Satze, daß mit der **actio ad exhibendum** auch derjenige belangt werden kann, der doloser Weise bewirkt hat, daß er nicht mehr besitzt. Er berichtet nun, daß auf Grund dieses Satzes Sabinus auch gegen den die Klage noch gestatte, welcher die Sache zwar aufweise, aber in schlechterem Zustande, und fügt dann bei:

> **„sed hoc ibi utique verum est, si dolo malo in aliud corpus res sit translata, veluti si ex scypho massa facta sit; quamquam enim massam exhibeat, ad exhibendum tenebitur, nam mutata forma prope interemit substantiam rei."**

Ulpian sagt also, die Entscheidung des Sabinus sei nur dann richtig, wenn die zu exhibirende Sache böslicher Weise specificirt worden sei, denn dann allerdings liege in der Exhi-

bition der nova species keine Exhibition der alten Sache, da deren begriffliches Dasein durch die Umgestaltung aufgehoben sei. Weil dieses nun von Ulpian auch von einem Falle rückführbarer Specification behauptet wird, so könnte man vielleicht geneigt sein, auch darin wieder einen Beweis zu erblicken, daß Ulpian der zweiten Auffassung der Mittelmeinung gefolgt sei. Allein ein solcher Beweis liegt, wie mir scheint, in der Stelle nicht.

Ich habe schon öfter gesagt, daß sämmtliche Parteien, welche unter den römischen Juristen in der Specificationslehre bestanden, darüber einig waren, daß durch jede, rückführbare oder nichtrückführbare, Specification das begriffliche Dasein der alten Sache aufgehoben werde und die nova species stets eine neue, jetzt erst entstandene Sache sei. Wenn nun auch manche allemal oder wenigstens bei Rückführbarkeit der nova species in dieser die eigentlich juristischen Eigenschaften und Verhältnisse der alten Sache: Eigenthum, Pfandrecht, Eigenschaft einer res furtiva u. dgl. fortbestehen ließen, so geschah dies doch schwerlich jemals in Betreff rein thatsächlicher, also lediglich nach der gemeinmenschlichen Betrachtungsweise zu beurtheilender Verhältnisse, und hiezu gehört nun die Frage, ob eine gewisse Sache in ihrer Identität exhibirt sei oder nicht.

Zu diesen rein thatsächlichen Verhältnissen gehört aber ferner und insbesondere auch der Besitz, und es wird sich daher rechtfertigen, wenn gerade an dieser Stelle ein Blick auf die Art und Weise geworfen wird, wie in Fällen der Specification die Besitzfrage von den römischen Juristen behandelt worden ist.

40. In Gemäßheit des oben ausgesprochenen Satzes hätten sämmtliche Juristen, ohne Unterschied der sonstigen Parteistellung, darin übereinstimmen müssen, daß durch jede, und zwar selbst rückführbare Specification jedenfalls der an der alten Sache bestandene Besitz erlösche und an der nova species ein völlig neuer Besitz beginne. Ich nehme aber durchaus keinen Anstand, dies wirklich als die übereinstimmende Meinung aller römischen Juristen zu behaupten.

Vom Standpunkte des Nerva und Proculus wird man einen besonderen Beweis dafür nicht verlangen. Aber auch Sabinus und Cassius mußten sich zu dieser Meinung be-

kennen, da sie ja selbst die rechtlichen Verhältnisse nicht einfach von der alten Sache auf die neue übertrugen, sondern an dieser ein ganz neues Eigenthum, Pfandrecht u. dgl. anfangen ließen. Zum Ueberflusse stehen uns dafür noch einige bestimmte Zeugnisse zu Gebote. Paulus, der, wie oben gezeigt, in seinem Edictscommentar ganz entschieden der Anschauung des Sabinus und Cassius folgt, sagt in dessen 54. Buche (L. 3 § 21 de acq. poss. 41, 2 — vgl. oben S. 169): pro suo besitze man unter anderm „quae ipsi, ut in rerum natura essent, fecimus", was nur von der Specification verstanden werden kann. Paulus läßt also den Titel, aus dem man die alte Sache besaß, nicht auf die nova species übergehen, was er doch hätte thun müssen, wenn er deren Besitz mit dem Besitze der alten Sache für identisch gehalten. Ferner gibt er in L. 12 § 3 ad exhib. 10, 4 aus dem 26. Buche bei wissentlicher Specification einer fremden Sache eine actio ad exhibendum sowohl wegen der alten Sache, als wegen der nova species; wegen jener offenbar nur deshalb, weil in der Specification unter solchen Umständen ein dolo malo desinere possidere zu erblicken sei (S. Anm. 49), — ein neuer Beleg, daß Paulus den Besitz der alten Sache durch die Specification für untergegangen und den Besitz der nova species für einen völlig neuen Besitz ansah.

In Betreff Julian's und der ersten Auffassung der Mittelmeinung fehlen uns leider ähnliche sichere Zeugnisse. Wir haben zwar eine hierher gehörige Stelle, die L. 30 § 4 de acq. poss. 41, 2 aus dem 15. Buche des Paulus ad Sabinum, einem Werke, worin Paulus völlig unzweifelhaft von der ersten Auffassung der Mittelmeinung ausgeht, aber wir müssen bedauern, daß dieselbe kein ganz unzweideutiges Ergebniß liefert. Sie lautet so:

> Item quod mobile est, multis modis desinimus possidere, si aut nolimus, aut servum, puta, manumittamus; item si quod possidebam, in aliam speciem translatum est, veluti vestimentum ex lana factum.

Zunächst freilich sagt Paulus ganz allgemein, daß durch

Specification der Besitz der alten Sache aufhöre, allein das beigefügte Beispiel ist ein Fall nichtrückführbarer Specification, und daß bei dieser auch die erste Auffassung der Mittelmeinung den Besitz der alten Sache untergehen ließ, steht ohnehin außer Frage. Da indessen Paulus nirgends ausspricht, daß es auf Rückführbarkeit oder Nichtrückführbarkeit der nova species ankomme, sondern völlig allgemein von der Specification redet und die Verfertigung eines Kleides aus Rohwolle nur überhaupt als Beispiel einer Specification beisetzt: so dürfte in der Stelle immerhin eine gewisse äußere Bestätigung dessen zu finden sein, was ich nach inneren Gründen für das richtige halte.

Daß endlich die zweite Auffassung der Mittelmeinung der nämlichen Ansicht folgte, ist an und für sich klar und wird außerdem durch die L. 9 § 3 ad exhib. bewiesen, welche uns auf diese ganze Erörterung geführt hat. Indem hier Ulpian bei böswilliger Specification, und zwar selbst bei Rückführbarkeit der nova species, die actio ad exhibendum wegen der alten Sache gibt, weil der Specificant deren Besitz doloser Weise aufgegeben: bekundet er, daß er auch durch rückführbare Specification den Besitz der alten Sache für untergegangen hält.

41. Darüber also, daß der Besitz der nova species allemal ein neuer, von dem Besitze der alten Sache völlig verschiedener sei, waren alle römischen Juristen einig, und erst bei der rechtlichen Beurtheilung und Bestimmung dieses Besitzes machten sich wieder die verschiedenen Anschauungen geltend. Die Proculianer konnten selbstredend den Titel des Besitzes der alten Sache nicht auf die nova species übertragen, sondern mußten an dieser, wie an jeder andern occupirten herrenlosen Sache, lediglich eine pro suo possessio annehmen. Dasselbe thaten aber auch Sabinus und Cassius, da auch sie die rechtlichen Beziehungen und Verhältnisse der alten Sache nicht auf die nova species herüberzogen[63]). Ganz ebenso mußte natürlich die zweite Auffassung der Mittelmeinung und zwar ohne Rücksicht auf Rückführbarkeit oder Nichtrückführbarkeit

63) Ein unmittelbarer Beweis dafür liegt in L. 3 § 21 de acq. poss. 41, 2. S. oben Anm. 50 und die vorige Nr. 40.

entscheiden, wogegen die erste Auffassung bei rückführbarer Specification und Julian immer dem Besitze der nova species denselben Titel unterlegen mußte, auf welchen die alte Sache besessen worden war, geradeso wie dies bei der blosen Zerlegung einer Sache geschah. Ein äußeres Zeugniß hiefür vermag ich allerdings nicht beizubringen.

42. Ich kehre von dieser Abschweifung zu Ulpian zurück. Er war, wie wir gesehen haben, in seinem Edictscommentar von der zweiten Auffassung der Mittelmeinung ausgegangen, allein so wenig, wie Paulus, blieb auch er in seinen verschiedenen Werken diesem Standpunkte getreu. In L. 44 § 2, 3 de legat. I (30) aus dem 22. Buch ad Sabinum stellt er sich ganz auf die Seite Julian's, indem er dessen Meinung beipflichtet, daß nicht nur das Vindicationslegat von Rohsilber sich auf das daraus gemachte Gefäß und umgekehrt, sondern daß auch das Vindicationslegat von Rohwolle sich auf das daraus gefertigte Kleid erstrecke. (S. oben S. 159.) Damit würden auch L. 49 § 5 de legat. III (32) aus demselben Werk und Buch[64]), und L. 70 § 2 de usuf. 7, 1 aus dem 17. Buche[65]) in Einklang stehen; endlich würde sich selbst L. 53 § 5 de legat. I (30) aus dem 25. Buche damit leicht vereinigen lassen. Es heißt hier:

> Sed si animal legatum occiderit (sc. heres), puto teneri, non ut carnem praestet vel cetera λείψανα, sed ut praestet pretium, quanti esset, si viveret.

Wie aus der Stelle selbst und namentlich aus einer Vergleichung mit § 2, 3, 4, 6, 7, 8 ibid. erhellt, ist hier von einem Damnationslegate die Rede. Ulpian sagt nun, wenn der belastete Erbe das legirte Thier tödte, so hafte er mit der actio ex testamento nicht auf Gewährung des Fleisches und

---

64) Die Stelle lautet: „Si uxori aurum, quod eius causa paratum est, legatum sit, et postea sit conflatum, materia tamen maneat (nämlich im Vermögen des Testators), ea ei debetur.“

65) Secundum quae, si decesserit foetus, periculum erit fructuarii, non proprietarii, et necesse habebit alios foetus summittere. Unde Caius Cassius libro VIII scribit, carnem foetus demortui ad fructuarium pertinere.

der übrigen Reste, sondern auf Erstattung des Werthes, den das lebende Thier haben würde. Diese Entscheidung ist auch vom Standpunkte Julian's sehr erklärlich und folgerecht. Auch Julian sah ja die specificirte Sache für begrifflich untergegangen und die nova species mit ihr keineswegs für begrifflich identisch an. Hatte daher der Erbe eine per damnationem legirte Sache specificirt, so konnte er nun den legirten Gegenstand selbst nicht mehr gewähren und war folglich gehalten, dessen Geldwerth zu leisten. Auch brauchte sich natürlich der Legatar nicht durch Entrichtung der nova species abfinden zu lassen, da diese eben nicht mehr die ihm zugedachte Sache war.

---

43. Wir stehen am Ausgange der klassischen Zeit. Man sieht, daß damals die Streitigkeiten, die sich auf dem Boden der Specificationslehre erhoben hatten, noch weit entfernt von einem Abschluß und Austrage waren, schwankten doch noch Ulpian und Paulus, welchem der verschiedenen Standpunkte sie sich zuwenden sollten. Indessen wird man annehmen dürfen, daß die Mittelmeinung — nach welcher Auffassung, wage ich nicht zu entscheiden — im ganzen die vorherrschende war.

Wenn uns hienach die genauere Betrachtung des klassischen Rechtes noch nicht in den Stand setzt, ohne weiteres einen Schluß, und wäre es auch nur ein Wahrscheinlichkeitsschluß, auf den Standpunkt des Justinianischen Rechtes zu machen, so wird doch nach den bisherigen Erörterungen die Feststellung dieses Standpunktes keiner besonderen Schwierigkeit mehr unterliegen. Auch haben diese Erörterungen immerhin schon manche für das Justinianische Recht unmittelbar verwerthbare Ergebnisse geliefert. Ich will hier nur einiges besonders hervorheben.

Vor allen Dingen erhellt, daß in der Frage nach dem Eigenthum an der nova species die römischen Juristen nicht, wie neuerdings mehrfach angenommen worden ist [66]), von volks-

66) Vgl. schon Puchta Instit. II. § 242 bei Note m, Dernburg in der krit. Zeitschr. für Rechtswiss. I. S. 147, Dankwardt, Nationalökonomie und Jurisprudenz I. S. 30. Verwandt ist auch die Ansicht von Leist Civilist. Studien III S. 164ff.

wirthschaftlichen Gesichtspunkten geleitet worden sind. Wir finden nirgends eine Spur, daß irgend eine der Parteien, welche sich über die Frage bildeten, ihre Entscheidung mit Rücksicht darauf gegeben hätte, was nach den damaligen wirthschaftlichen Zuständen am zuträglichsten und zweckmäßigsten sei, sondern man ging allerseits und stets nur von der naturalis ratio, von der Erwägung dessen aus, was das Wesen des Verhältnisses selbst und die darin liegende innere juristische Logik am natürlichsten mit sich bringe. Blos darüber waren die Meinungen verschieden.

44. Ferner hat die bisherige Darstellung wohl zur Genüge gezeigt, daß das Ziel und die Absicht der Mittelmeinung nicht darin gefunden werden kann, den Begriff der Specification genauer zu bestimmen und diese namentlich von der blosen Veränderung schärfer und richtiger zu sondern[67]). Wir haben allen Grund zu glauben, daß sämmtliche römische Juristen ohne Unterschied der Parteistellung das Dasein einer Specification überall nur nach der gemeinmenschlichen Betrachtungsweise und also nach psychologischen Gesichtspunkten beurtheilt haben, ohne dabei auf Rückführbarkeit oder Nichtrückführbarkeit irgend ein maßgebendes Gewicht zu legen. Selbst von der ersten Auffassung der Mittelmeinung, welche jener Ansicht noch am nächsten stand, läßt sich nur sagen, daß sie bei Rückführbarkeit der nova species eine begriffliche Fortdauer des Stoffes annahm, woraus die verarbeitete Sache bestanden hatte, und deshalb die rechtlichen Beziehungen und Verhältnisse der letzteren auf

---

67) Dies ist bekanntlich die herrschende Ansicht. Vgl. z. B. **Vinnius ad § 25 I. de R. D. nr. 4**, Puchta Pand. und Vorles. § 154, Arndts Pand. § 155, Dernburg in der krit. Zeitschr. f. Rechtswiss. I S. 147, Pfandrecht II S. 560, Vangerow Pand. I § 310 (7. Aufl. S. 565), Schmid Handbuch I S. 169, Böcking Pand. II S. 165, Pagenstecher Lehre vom Eigenth. II S. 113, 117, C. O. Müller Institutionen S. 186, besonders aber Scheurl Beiträge I S. 284, Leist Civilist. Studien III S. 168. Zu demselben Ergebnisse gelangt auf dem Wege einer sehr künstlichen Deduction schließlich auch Bechmann S. 45 ff. Eine ähnliche Deduction findet sich übrigens schon bei Donellus Comm. de iure civ. Lib. IV cap. XII § 6, der gleich Bechmann auf dem Boden der Occupationstheorie steht.

die nova species übertragen wollte. Daß sie aber dadurch sich nicht abhalten ließ, den Begriff der Specification auch bei Rückführbarkeit der nova species als möglich und vorhanden anzuerkennen, dürfte aus L. 12 § 1 de A. R. D. 41, 1 verb.: „si aere meo et argento tuo conflato aliqua species facta sit" sattsam erhellen [68]). Wie hätte auch das rein äußerliche und zufällige Merkmal der Rückführbarkeit oder Nichtrückführbarkeit selbst nur nothdürftig ausreichen können, um die wahrhaft schöpferische und erzeugende Arbeit von der blos verändernden in angemessener Weise zu scheiden! Liegt doch in der Verfertigung eines silbernen Bechers gewiß eben so viel schöpferisches Element, als in der Verfertigung eines hölzernen, der blosen Kelterung von Trauben zu Wein, von Oliven zu Oel u. dgl. völlig zu geschweigen [69]). Gerade dieser Umstand ist denn auch schon von andern, besonders von Bechmann S. 30 ff. [70]), richtig bemerkt worden.

45. Mit der soeben besprochenen Ansicht hängt eine andere zusammen, welche nicht allein bei neueren, sondern auch schon bei manchen älteren Schriftstellern auftritt. Die Rücksicht auf Rückführbarkeit soll nämlich dann wegfallen und die nova species unbedingt Eigenthum des Verfertigers werden, wenn der Werth des Stoffes in gar keinem Verhältnisse mehr stehe zum Werthe der Form und hinter diesem vollständig zurücktrete, wenn es sich also um eine eigentlich künstlerische Schöpfung handle [71]).

---

68) Vgl. was über die Stelle oben Nr. 30 gesagt worden ist.

69) Freilich will Puchta Vorles. § 154 Nr. 4 das Keltern von Wein und Oliven überhaupt nicht als Specification anerkennen und Stellen, wie L. 7 § 7 de A. R. D. 41, 1, Gai. II, 79, § 25 I. de R D. 2, 1, L. 52 § 14 de furt. 47, 2, L. 12 § 3 ad exhib. 10, 4, nur auf die „eigentliche Fabrication von Wein, z. B. Champagner, von Branntwein, Bier, künstlich gewonnenem Oel u. s. w." beziehen. Ein glänzendes Beispiel der Willkür, welche sich Puchta nicht selten gegenüber den Quellen erlaubt hat. S. aber allerdings auch Mühlenbruch Lehrb. § 248.

70) Vgl. auch Vangerow Pand. I § 310 (7. Aufl. S. 565).

71) Vgl. schon Lauterbach Colleg. XLI, 1 § 84 in fine mit Berufung auf Ziegler; s. ferner Puchta Vorles. § 154 unter Nr. 4.

Die innere Angemessenheit dieser Ausnahme will ich nicht verkennen, allein daß sie wirklich von den römischen Juristen gemacht worden sei, ist ganz entschieden zu bestreiten.

Proculus und Nerva vor allem hatten zu einer besonderen Hervorhebung gerade der künstlerischen Schöpfung gar keinen Anlaß, weil nach ihrer Ansicht jede, auch die unkünstlerische Specification den Specificanten zum Eigenthümer der nova species machte.

Ebensowenig konnten aber Sabinus und Cassius nach ihrem oben (Nr. 26) geschilderten Standpunkt eine besondere Behandlung der eigentlichen Kunstschöpfung eintreten lassen. Denn, mochte die nova species ein noch so vollendetes Kunstwerk sein, so war es nichtsdestoweniger eine Wahrheit, daß der darin befindliche Stoff bereits in Jemandes Eigenthum gestanden, und auch beim Kunstwerke trifft der Satz noch zu, daß „sine materia nulla species effici potest". Zum Ueberflusse läßt sich aber, wie ich glaube, auch noch aus äußeren Zeugnissen mindestens ein starker Wahrscheinlichkeitsbeweis führen, daß Sabinus und Cassius bei der künstlerischen Specification in keinerlei Weise von ihren gewöhnlichen Grundsätzen abgewichen sind. In L. 13 de cond. furt. 13, 1 aus dem Edictscommentar des Paulus, worin dieser Jurist, wie oben (Nr. 32) gezeigt, völlig von der Ansicht des Sabinus und Cassius ausging, wird gelehrt, daß aus entwendetem Silber gefertigte Becher (pocula) condicirt werden könnten, womit von selbst gesagt ist, daß deren Eigenthum dem bestohlenen Eigenthümer des Silbers zufalle. Gleichwohl heißt es unmittelbar weiter: „ergo in condictione poculorum etiam caelaturae aestimatio fiet, quae impensa furis facta est", und Paulus hat also an ciselirte, mit halberhabener Arbeit gezierte Becher gedacht, wobei doch gewiß schon eine eigentlich künstlerische Schöpfung anzunehmen ist, zumal Paulus in L. 14 pr. de V. S. 50, 16 (aus lib. VII. ad Edictum) neben den Ge-

---

Vgl. auch Scheurl Beiträge I S. 284 Anm. 2, der sich jedoch sehr vorsichtig und mehr nur vom Standpunkte des wünschbaren und innerlich angemessenen ausdrückt.

mälden die Becher (scyphi) überhaupt zu denjenigen Sachen zählt, „quarum pretium non in substantia, sed in arte sit positum.“

Vom Standpunkte Julian's, der immer, und der ersten Auffassung der Mittelmeinung, welche wenigstens bei Rückführbarkeit der nova species das an der alten Sache bestandene Eigenthum in jener fortdauern ließ, weil man das Eigenthum als am Stoffe und nicht gerade an der begrifflichen Identität der Sache haftend ansah, konnte für eine besondere Auszeichnung der künstlerischen Schöpfung gleichfalls kein Raum bleiben. Denn, ob die Form, in welche der Stoff gebracht ward, eine mehr oder weniger künstlerische war, das konnte für die Frage nach der Fortdauer oder Nichtfortdauer des Stoffes natürlich nicht in Betracht fallen. Für die erste Auffassung der Mittelmeinung läßt sich denn auch der vollständigste Beweis liefern, daß sie die künstlerische Gestaltung in der That ganz so, wie jede andere Specification, behandelte. Und zwar kann es genügen, auf L. 24 de A. R. D. 41, 1 hinzuweisen, wo Paulus als Fälle, in denen „materia manente species duntaxat mutata sit“, und in denen daher der Eigenthümer der materia auch nach der Umbildung Eigenthümer bleibe, die beiden aufführt: „si meo aere statuam aut argento scyphum fecisses,“ wobei ich in Betreff des zweiten Beispiels an die oben erwähnte Aeußerung der L. 14 pr. de V. S. 50, 16 erinnere. Sollte man noch weitere Beweise fordern, so ließe sich auch noch L. 88 § 3 de legat. III (32) verglichen mit pr., § 1, 2 ibid. und verbunden mit L. 14 pr. cit., sowie L. 78 § 4 eod. (S. 161) anführen. In der letzten Stelle liegt es wegen der Gegenüberstellung mit dem Marmor wenigstens sehr nahe, das „factum argentum“ im Sinne des Juristen auch auf künstlerisch verarbeitetes Silber zu beziehen. Nichtsdestoweniger werden in dieser Stelle, wie in L. 88 § 3 cit., ganz die gewöhnlichen Grundsätze angewendet, von denen die erste Auffassung der Mittelmeinung überhaupt in Specificationsfällen ausging.

Erst für die zweite Auffassung der Mittelmeinung wäre eine besondere Behandlung der künstlerischen Specification mög-

lich gewesen. Denn, da sie die Frage nach dem Eigenthum an der **nova species** immer mit Rücksicht darauf bemaß, ob darin jedesmal Stoff oder Arbeit als das vorwiegende Element zu betrachten, so hätte sie, obgleich bei Rückführbarkeit der **nova species** in der Regel dem Stoffe den Vorzug gebend, doch bei eigentlich künstlerischer Arbeit ganz gut eine Ausnahme machen und in der Erwägung, daß hier jedenfalls immer die Arbeit als das überwiegende erscheinen müsse, das Eigenthum des Kunstwerkes stets dem Künstler zusprechen können. Ein solches Verfahren ist jedoch nirgends erfindlich, und aus **Gai. II. 79** ist sogar eine Vermuthung für das Gegentheil herzunehmen. Gaius, nachdem er in § 77 gesagt, daß die Schrift als Accession des Papiers stets dem Eigenthum des letzteren folge, berichtet in § 78, daß bei dem Gemälde die umgekehrte Ansicht überwiege, fügt aber bei: „**cuius diversitatis vix idonea ratio redditur.**“ Gaius sieht also keinen genügenden Grund, das Gemälde anders zu behandeln, als die Schrift. Hätte aber die von ihm getheilte zweite Auffassung der Mittelmeinung künstlerische Schöpfungen nach ganz besonderen Grundsätzen beurtheilt und deren Eigenthum aus der obigen Rücksicht allemal dem Künstler zuerkannt, so hätte es doch für Gaius an einem ausreichenden Grunde der Entscheidung nicht fehlen können. Er hätte dann wahrscheinlich, wie Justinian in § 34 **I. de R. D. 2, 1** gesagt: „**ridiculum est enim, picturam Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimae tabulae cedere.**“

46. Wenn nun von den klassischen Juristen die künstlerische Arbeit nicht besonders ausgezeichnet worden ist, so möchte doch vielleicht der eben angeführte Ausspruch Justinian's die Vermuthung erwecken, daß eine solche Auszeichnung wenigstens dem Geiste des Justinianischen Rechtes entspreche, daß sie demselben zum allermindesten nicht widerstreite und daher mit Rücksicht auf das Bedürfniß des heutigen Lebens und Verkehrs unbedenklich angewendet werden könne. Ich bedauere, auch dieses bestreiten zu müssen. Es ist zwar zuzugeben, daß Justinian unbeschadet seines in der Specificationslehre eingenommenen Standpunktes (wie später zu zeigen sein wird, schloß er sich der zweiten Auffassung der Mittelmeinung an)

eine besondere Behandlung künstlerischer Erzeugnisse hätte eintreten lassen und deren Eigenthum ohne Rücksicht auf Rückführbarkeit oder Nichtrückführbarkeit allemal dem Künstler hätte zusprechen können. Ja nach der Entscheidung, die er in Betreff des Eigenthums an Gemälden gab, und nach dem hinzugefügten Grunde hätte ihm eine solche allgemeine Ausnahme zu Gunsten der Kunst sogar sehr nahe liegen müssen. Allein, daß auch er, gleich den klassischen Juristen, hier über den ersten Schritt nicht hinausgekommen und gerade nur zu Gunsten der Malerei von den gewöhnlichen Rechtsgrundsätzen abgewichen ist, wird nach meinem Bedünken unverkennbar und unwiderleglich, durch die Aufnahme der oben besprochenen Stellen, insbesondere der gar nicht zu mißdeutenden L. 24 de A. R. D. 41, 1 in die Digesten bewiesen [72]). Mit diesem Ergebnisse stimmt denn auch die weitaus herrschende Ansicht überein [73]).

Im übrigen soll die Stellung des Justinianischen Rechtes zu der Specificationslehre erst im folgenden Hefte erörtert werden.

---

72) Obgleich dieses Resultat auch für das heutige gemeine Recht als maßgebend wird betrachtet werden müssen, so muß man doch, glaube ich, mit Goldschmidt Handbuch des Handelsrechtes I S. 430 Anm. 66 zugeben, daß die Anschaffung von Erz oder Marmor durch einen Bildhauer nicht nach Art. 271 Ziff. 1 des deutschen Handelsgesetzbuches als Handelsgeschäft angesehen werden darf. Denn, wenn das Justinianische Recht zwischen künstlerischer und unkünstlerischer Specification in Betreff der rechtlichen Behandlung nicht unterscheidet, so ist damit noch nicht gesagt, daß dies auch im Sinn und Geiste des Handelsgesetzbuches richtig sei, zumal der oben S. 25 erwähnte, bei den Römern nur erst im Keime vorhandene Gedanke heutzutage zum vollkommenen Durchbruche gelangt ist. Es wird nur freilich nicht ganz leicht sein, überall die Grenze zwischen der künstlerischen und unkünstlerischen Specification zu finden.

73) Vgl. schon Vinnius ad § 25 I. de R. D. nr. 4; s. ferner Böcking Pand. II § 154 Note 13 (S. 166), Arndts Pand. § 155 Anm. 2, Bechmann, S. 33. Von den meisten wird die zu Gunsten der künstlerischen Specification behauptete Ausnahme durch einfaches Stillschweigen verworfen.

(Schluß folgt.)